ISSN 0392-1867

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

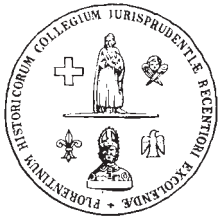
42

2013

QUADERNI FIORENTINI

MVLTA PAVCIS AG
GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO



QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da Paolo Grossi

Registrato il 29.11.1983 al n. 3176 presso la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale di Firenze.
Dir. Responsabile: Giovanni Cazzetta

Tipografia MORI & C. S.p.A.
21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

QUADERNI FIORENTINI

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da Paolo Grossi

Redattore: Giovanni Cazzetta

Consiglio di Redazione:
PAOLO CAPPELLINI, PIETRO COSTA, MAURIZIO FIORAVANTI, PAOLO GROSSI, LUIGI LACCHÈ, LUCA MANNORI, MASSIMO MECCARELLI, FRANCESCO PALAZZO, SILVANA SCIARRA, BERNARDO SORDI

Consiglio Scientifico:
CLARA ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO CARONI (Bern); BARTOLOMÉ CLAVERO (Sevilla); ARNO DAL RI JR. (Santa Catarina); THOMAS DUVE (Frankfurt am Main); RAFAEL ESTRADA MICHEL (Ciudad de México); RICARDO MARCELO FONSECA (Curitiba); JEAN-LOUIS HALPERIN (Paris); ANTÓNIO MANUEL HESPANHA (Lisboa); RICHARD HYLAND (Camden); LUCIEN JAUME (Paris); MARTA LORENTE SARIÑENA (Madrid); MICHELE LUMINATI (Luzern); LAURENT MAYALI (Berkeley); DAG MICHALSEN (Oslo); JEAN-LOUIS MESTRE (Aix-en-Provence); CLAES PETERSON (Stockholm); CARLOS PETIT (Huelva); HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Helsinki); JOACHIM RÜCKERT (Frankfurt am Main); MICHAEL STOLLEIS (Frankfurt am Main); VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (Buenos Aires); MICHEL TROPER (Paris); JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA (Oviedo); JOSEPH WEILER (New York); JAMES WHITMAN (New Haven); LIHONG ZHANG (Shanghai)

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referee anonimo da parte di due esperti selezionati dal Consiglio di Redazione. Responsabile del processo di valutazione è il Redattore.

La Sede della Redazione è in FIRENZE (50129) - piazza Indipendenza, 9
segreteria@centropgm.unifi.it
www.centropgm.unifi.it

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

42

(2013)

MVLTA PAVCIS AG GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-18169-1

ISSN 0392-1867

Pubblicazione realizzata con il contributo
dell'Ente Cassa di Risparmio di Firenze

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2013

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

GIOVANNI CAZZETTA

PAGINA INTRODUTTIVA

1. Un « preciso progetto » e il « progetto in azione », così Paolo Grossi riassumeva nel 2001 la *Storia e cronistoria* dei « Quaderni fiorentini » trent'anni dopo la prima pagina introduttiva del 1972. L'originario programma indirizzato a superare il vuoto storiografico gravante la storia del diritto moderno, ad andar oltre le confinazioni nazionali, a reclamare in nome dell'unità della scienza giuridica un continuo colloquio tra storici e cultori dei vari campi del diritto, si era tradotto — rilevava Grossi — anno dopo anno in contributo al rinnovamento della storiografia giuridica, in terreno d'incontro tra studiosi di diversi paesi, in palestra aperta a giovani storici, filosofi e giuristi. I « Quaderni » successivi a quel 2001 — diretti da Pietro Costa — hanno confermato la capacità del progetto di trasformarsi conservando i suoi tratti distintivi. Basti pensare all'attenzione alle « radici e alle prospettive » del diritto europeo e allo sguardo rivolto agli « Altri » nei volumi monografici dedicati all'*Ordine giuridico europeo* (31, 2002) e al *Diritto coloniale fra Otto e Novecento* (33/34, 2004/05); o, ancora, al serrato confronto tra storici del diritto, filosofi e giuristi presente nei volumi monografici su *Principio di legalità e diritto penale* (36, 2007) e su *Diritti dei nemici* (38, 2009).

L'incontro internazionale di studi *Storia e diritto - Esperienze a confronto,* tenutosi a Firenze nell'ottobre dello scorso anno, ha testimoniato, « in occasione dei quarant'anni dei *Quaderni fiorentini* », la perdurante attualità del progetto. Le sessioni del Convegno — la prima dedicata allo stato dell'arte delle storiografie giuridiche nazionali in Europa e oltre l'Europa, la seconda alla relazione tra storia del diritto e scienza giuridica, la terza agli spazi e ai confini della storia giuridica oltre le storie nazionali — hanno trattato nodi

centrali nell'odierno dibattito fra studiosi attenti alla dimensione storico-culturale del diritto; temi costantemente affrontati, sin dal primo numero, dalla nostra rivista senza accondiscendenze alle mode del momento.

Arricchiti dalla vitalità della « Biblioteca » che ha superato il traguardo dei cento volumi, i « Quaderni » hanno — quarant'anni dopo — solide fondamenta e una lunga storia. Forte di queste basi la rivista intende rafforzare anche in futuro la capacità di proporre uno strumentario adeguato per la comprensione della complessità della dimensione giuridica, e per la lettura dei tratti, anch'essi immersi nella storia e perciò mutevoli, dell'unitarietà del diritto e della scienza giuridica. Sottolineare tali aspetti in apertura di questo quarantaduesimo numero — che vede un avvicendamento nella direzione dei « Quaderni » e del « Centro di studi » — ci pare doveroso e opportuno: per ringraziare quanti in questi anni hanno sorretto la rivista e partecipato al comune banco di lavoro; per dichiarare l'impegno della redazione nel continuare a tradurre un progetto ancora novissimo « in azione ».

2. Le tradizionali sezioni sono proposte anche in questo numero miscellaneo. I saggi inseriti in *Modelli e dimensioni* — che offrono punti di riferimento e sollecitazioni « per la storia del pensiero giuridico » da angoli visuali diversificati — si confrontano e si intrecciano con *La dimensione giuridica* (a cui, come sempre, è dedicata la seconda sezione), con i profili di giuristi e le ricostruzioni di istituti (*Figure dell'esperienza*), con le *Testimonianze* e con le ricognizioni critiche di libri proposte nelle sezioni dedicate alle *Letture*, agli "a proposito di" e alle *Discussioni*.

Problemi di metodo e analisi della storiografia offrono alcuni fili conduttori che è possibile rintracciare in questo numero. Mentre David Garland considera l'apporto dell'opera di Foucault alla storia della criminologia e s'interroga sulla costruzione di una « storia del presente », Emilio Santoro propone una 'foucaultiana' ricognizione genealogica dell'« arte di ignorare i poveri » nel passaggio dalla rappresentazione della popolazione « come risorsa » alla « democrazia escludente » dell'età della globalizzazione. Riflessioni su teoria e metodo sono ben presenti poi nella "discussione" riguardo al libro di Ricardo Fonseca e nel denso "a proposito di" che Francesco

Migliorino dedica al volume di Hespanha. Mentre Marco Fioravanti analizza la storiografia in tema di schiavitù, mettendo a fuoco i nessi tra colonialismo e razzismo come elementi costitutivi della modernità, del « lato oscuro della modernità », Bartolomé Clavero fonde storia costituzionale e ricognizione critica della recente produzione storiografica comparsa in occasione del bicentenario della Costituzione di Cadice (un tema cui i « Quaderni » hanno già dedicato attenzione e su cui sicuramente occorrerà ritornare); notazioni storiografiche sono poi presenti nelle pagine dedicate da Paolo Grossi a Ovidio Capitani e negli "a proposito di" proposti da Luigi Nuzzo, Stefano Solimano e Irene Stolzi.

Ancora nella sezione *Modelli e dimensioni*, Roberto Bartoli confronta, ipotizzando un 'incontro' in termini di sussidiarietà, il paradigma del diritto e il paradigma della carità; Ernesto De Cristofaro legge potere e violenza negli anni del regime nazista nello specchio degli interventi legislativi e della vita dei protagonisti delle opere cinematografiche.

Lo sguardo alla dimensione giuridica diviene più diretto nei saggi collocati nella seconda sezione: Massimo La Torre (ponendo criticamente al centro dell'attenzione l'opera di Jeremy Waldron) considera il tema del controllo giudiziario della produzione legislativa; un tema che ritorna da un diverso angolo visuale nella lettura proposta da Francesco Palazzo riguardo alle aspirazioni alla verità storicamente ricorrenti nella penalistica e all'eventualità di un controllo giudiziario dell'« obbligo di verità » gravante sul legislatore. L'invito di Federigo Bambi a tener presente che la proposizione giuridica, per essere « veramente tale », deve essere chiara è, invece, indirizzato (direi esclusivamente) ai giuristi, forse nella convinzione che qualsiasi nuovo appello alla chiarezza rivolto al legislatore sia oramai vano.

Storia del pensiero giuridico e dialogo tra storici e giuristi accomunano molti saggi del "Quaderno". Maria Sole Testuzza indaga il silenzio che circonda lo *ius in corpus* nel *Code Napoléon*, ricostruendo « l'ambiguo statuto della corporeità » dell'età della codificazione. Movendo da problemi aperti nel dibattito attuale, Clara Álvarez propone, senza indebite attualizzazioni, una documentata ricostruzione delle vicende delle deputazioni provinciali in Spagna dalla Costituzione di Cadice sino alla Costituzione del 1931. Nella sezione *Figure dell'esperienza*, Giacomo Pace ricostruisce le

alterne vicende dell'istituto dell'enfiteusi sino alla metà del Novecento. Paolo Grossi tratteggia la figura di un Enrico Finzi attento alla complessità storica del diritto, regalandoci tra l'altro una pagina di storia dei « Quaderni ».

Il colloquio tra giuristi e storici del diritto è particolarmente fitto nella discussione sul volume di Sergio Seminara dedicato al tentativo e sul volume di Guido Alpa dedicato al contratto. L'intervista a Miguel Rodríguez-Piñero propone, infine, la preziosa testimonianza di un protagonista del Diritto del lavoro spagnolo ed europeo sui diritti nazionali del Novecento e sulle odierne trasformazioni dell'età della globalizzazione.

Varietà di contenuti dunque, come si addice ad un numero miscellaneo, ma unità nelle cifre identificative del metodo proprio dei « Quaderni ». Riprendendo la consuetudine dell'alternanza tra numeri monografici e miscellanei, monografico sarà invece il « Quaderno » del 2014, dedicato a ricostruire le vicende di un concetto-termine trasversalmente presente a partire del XVIII secolo in molti àmbiti della scienza giuridica: *Autonomia*. Senza la pretesa di tracciare una storia specifica del concetto all'interno dei diversi settori disciplinari, il volume si interrogherà su questa « classifica parola della modernità » seguendone le alterne fortune nel complessivo panorama del sapere giuridico fra Ottocento e Novecento, tentando di scorgere com'è stata utilizzata, trasformata, ridefinita dai giuristi per leggere il passato, per disegnare e immaginare forme di libertà, variegate relazioni tra unità e pluralità.

***

Da quest'anno tutti i numeri dei « Quaderni » (*tutti*, e dunque anche quelli appena pubblicati) sono visibili nel sito del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno (http://www.centropgm.unifi.it). La novità è meritevole di essere segnalata per due sostanziali ragioni: per il superamento dell'impossibilità sinora esistente di consultare in rete le ultime tre annate e per la completa gratuità dell'accesso anche ai numeri appena stampati. Non si tratta — giova precisare — di un passo verso una prossima trasformazione in rivista *on-line*: i « Quaderni » continueranno a essere pubblicati in cartaceo, conservando persino — cosa oramai

rara — i tradizionali estratti per gli autori. Siamo grati all'editore Giuffrè per aver reso possibile tale soluzione che agevola non di poco la consultazione e la diffusione della rivista.

***

L'applicazione della valutazione della qualità della ricerca al sistema universitario sta conducendo a una pesante burocratizzazione, a procedure minuziose e complicate, talora incuranti dell'autonomia delle Università e della specificità delle singole aree di ricerca. È più che mai opportuno, però, che il processo continui e — con i dovuti aggiustamenti — si perfezioni; così com'è opportuno che le riviste giuridiche e storico-giuridiche continuino ad affrontare la trasformazione in corso senza frapporre ostacoli e resistenze a classificazioni flessibili, e senza cedere ad appiattimenti su modelli estranei alle proprie peculiarità scientifiche. Va detto che utili indicazioni sono ora offerte in tal senso dalle equilibrate considerazioni sulla "classificazione delle riviste" presenti nel "Rapporto finale di area" del gruppo di esperti della valutazione dell'area giuridica (VQR 2004-2010).

Prendere sul serio, senza improvvisati entusiasmi, la novità della valutazione è per i « Quaderni » un modo per continuare la politica che da sempre caratterizza la rivista di attenzione alla dimensione transnazionale, di rigorosa selezione dei saggi e di apertura a validi giovani studiosi. Giovani la cui presenza, accanto a riconosciuti maestri, siamo lieti di salutare anche in questo volume.

Modelli e dimensioni

MARCO FIORAVANTI

IL LATO OSCURO DEL MODERNO. DIRITTI DELL'UOMO, SCHIAVITÙ ED EMANCIPAZIONE TRA STORIA E STORIOGRAFIA

> La storia era anche una favola non tanto sulla schiavitù quanto sulla sua abolizione, i buoni che sconfiggevano i cattivi. Era l'unico modo possibile di raccontare la cosa. Ogni altra versione avrebbe finito per suscitare dubbi e apprensione. Lo schiavo non era mai reale [...]. Nei registri lo schiavo non ha volto, è silenzioso; più che avere un nome, è identificato. Non ha storia.
>
> V.S. Naipaul, *La perdita dell'Eldorado*

1. Premessa. — 2. Prospettive storiografiche. — 3. Rivoluzione e abolizione. — 4. La Restaurazione e il "nuovo" ordine giuridico coloniale.

1. *Premessa.*

I numerosi lavori pubblicati negli ultimi anni a livello internazionale sulla schiavitù, sul colonialismo e sui diritti dei popoli colonizzati, dimostrano come queste tematiche siano sempre più considerate una chiave di lettura per comprendere la modernità e il suo svilupparsi lungo le direttrici delle scoperte geografiche, delle rivoluzioni borghesi e della rivoluzione industriale, fattori determinanti del progressivo predominio dell'Occidente. Dopo una lunga stagione di studi durante la quale la cultura dominante ha continuato a interpretare la rivoluzione dei diritti dell'uomo da una prospettiva puramente occidentale ed eurocentrica, si assiste da almeno vent'anni a una fiorente rinascita storiografica che ha cercato di ripensare la storia europea in una dimensione più ampia e critica. In questa prospettiva sulla scia dei lavori di Edward Said le indagini più

recenti hanno restituito una rappresentazione dell'Oriente che ha superato gli stereotipi "orientalisti" coloniali (1).

Dal punto di vista della storia del diritto alcuni temi che erano assenti o relegati ai margini delle trattazioni scientifiche hanno ricevuto negli ultimi anni considerevole attenzione. Fra essi hanno assunto notevole rilievo la tratta degli schiavi, la condizione giuridica di questi ultimi, l'affrancamento, la creazione di tribunali speciali per la repressione di alcuni reati specifici attribuiti alla popolazione servile, i processi politici, le diverse forme di resistenza, le discriminazioni di genere all'interno del mondo schiavista, il principio della personalità del diritto vigente in alcune realtà d'oltremare, il rapporto regola-eccezione che caratterizzava la dialettica metropoli-colonia, e la condizione giuridica e sociale dei cosiddetti "liberi di colore", che rappresentavano uno *status* intermedio tra i bianchi e gli schiavi.

Le riflessioni più significative si sono sviluppate nel mondo anglosassone, in particolare statunitense, e, con prospettive diverse, nella cultura francese, dove la riscoperta da parte della storiografia della centralità della schiavitù per la storia nazionale è coincisa con l'inasprirsi di questioni sociali e identitarie di grande spessore, caratterizzate da un accentuato livello di conflitto che hanno portato a ripensare la necessità di "decostruire il mito" della storia del diritto d'Oltralpe (2). In Italia si è assistito da un lato al tentativo di varcare i limiti dell'orizzonte nazionale nello studio dei fenomeni storici (3), dall'altro a un crescente interesse verso un'analisi della schiavitù e della tratta mediterranea che, in forme e tempi diversi rispetto a quella atlantica, hanno rappresentato un fenomeno assai diffuso tra il medioevo e la prima età moderna (4).

---

(1) E.W. Said, *Orientalism*, New York, Pantheon Books, 1978, trad. it. *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, Torino, Bollati Boringhieri, 1991.

(2) J.-L. Halpérin, *Est-il temps de deconstruire les mythes de l'histoire du droit français?*, in « Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit », V (2012), pp. 1-19.

(3) Si veda L. Di Fiore, M. Meriggi, *World History. Le nuove rotte della storia*, Roma-Bari, Laterza, 2011, in part. Cap. IV, *Incontri, ambivalenze, conflitti. Le storie ribelli*, p. 135 e ss.

(4) Cfr. E. Conte, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Roma, Viella, 1996; M. Fontenay, *Esclavage méditerranéen*, in *Dictionnaire de l'Ancien régime. Royau-*

Tuttavia il merito dei lavori più recenti sul tema è quello di aver ricondotto lo studio dell'istituzione schiavista nell'alveo della più ampia questione razziale e sociale, tra le coordinate di quell'*Atlantico nero* che è stato al centro di una nuova stagione scientifica (5). Non sono mancati in essa interventi di alto profilo speculativo da parte di un agguerrito gruppo di intellettuali e militanti, proveniente dall'India e dal Bangladesh, ma inserito per buona parte nei campus statunitensi, che si è distinto per almeno quattro lustri nel tentativo di "provincializzare l'Europa", solo per evocare una delle opere più

---

me de France XVI^e^-XVIII^e^ siècle, sous la direction de L. Bély, Paris, Puf, 1996, pp. 500-502; S. Bono, *La schiavitù nel mediterraneo moderno storia di una storia*, in « Cahiers de la Méditerranée », 65 (2002), consultabile sul sito: http://cdlm.revues.org/index28.html; *La tratta di persone in Italia*, 4 voll., Milano, Franco Angeli, 2007; S. McKee, *Domestic Slavery in Renaissance Italy*, in « Slavery and Abolition », XXIX (2008), n. 3, pp. 305-326; B. Pasciuta, *Homines aut liberi sunt aut servi: riflessione giuridica e interventi normativi sulla condizione servile fra medioevo ed età moderna*, in *Schiavitù, religione e libertà nel Mediterraneo di età medievale e moderna*, a cura di G. Fiume, numero monografico di « Incontri mediterranei », XVII (2008), n. 1-2, pp. 48-60; G. Fiume, *Schiavitù mediterranee. Corsari, rinnegati e santi di età moderna*, Milano, Bruno Mondadori, 2009; *Corsari e riscatto dei captivi. Garanzia notarile tra le due sponde del Mediterraneo*, a cura di V. Piergiovanni, Milano, Giuffrè, 2010; *Relazioni religiose nel Mediterraneo. Schiavi, redentori, mediatori (secc. XVI-XIX)*, a cura di S. Cabibbo, M. Lupi, Roma, Viella, 2012.

L'attenzione al tema della tratta atlantica e africana nel panorama italiano è testimoniata anche dalle numerose, ma ancora insufficienti, traduzioni di importanti testi. Si vedano, tra le altre, O. Pétré-Grenouilleau, *La tratta degli schiavi. Saggio di storia globale*, Bologna, il Mulino, 2006; D. Armitage, *La Dichiarazione d'indipendenza. Una storia globale*, Prefazione di G. Abbattista, Torino, Utet, 2008; C.A. Bayly, *La nascita del mondo moderno (1780-1914)*, Torino, Einaudi, 2007; J.H. Elliott, *Imperi dell'Atlantico. America britannica e America spagnola, 1492-1830*, Torino, Einaudi, 2010; J. Thornton, *L'Africa e gli Africani nella formazione del mondo atlantico (1400-1800)*, Bologna, il Mulino, 2010; L.A. Lindsay, *Il commercio degli schiavi*, Bologna, il Mulino, 2011.

(5) Al riguardo vanno segnalati, tra gli altri, i volumi di P. Gilroy, *The Black Atlantic. Modernity and Double Consciousness*, London, Verso, 1993, trad. it. *The Black Atlantic. L'identità nera tra modernità e doppia coscienza*, con un saggio di M. Mellino, Roma, Meltemi, 2003; *Origins of the Black Atlantic*, edited by L. Dubois and J.S. Scott, New York-London, Routledge, 2010; considerevole il recente libro, corredato da un ricco apparato fotografico, di D. Willis, B. Krauthamer, *Envisioning Emancipation. Black Americans and the End of Slavery*, Philadelphia, Temple University Press, 2013.

rappresentative dei *Postcolonial*, *Cultural* e *Subaltern Studies* (6). Tale prospettiva, seguita soprattutto nel mondo anglosassone, ma che negli ultimi anni ha guadagnato un posto di primo piano nel panorama scientifico italiano (7), vuole superare le tradizionali costruzioni del sapere trasmesse dall'Occidente coloniale e individua proprio nella schiavitù un istituto che, più di altri, si presta ad una lettura transnazionale che vada oltre gli schemi monistici dei sistemi giuridici europei. Il rapporto tra modernità e schiavitù, emarginato dalla *Leitkultur* che vedeva quest'ultima come un residuo premoderno, necessita oggi di un « riassestamento » (8) che individui le antinomie e le promesse non mantenute di un progetto incompiuto.

Come è stato sostenuto da uno dei più autorevoli costituzionalisti spagnoli contemporanei, « la esclavitud no fue mera supervivencia históríca o simple fenómeno residual en tempo de constitutionalismo. Ya se sabe que no lo es a unos efectos económicos. Tampoco lo resulta de los juridicos » (9).

2. *Prospettive storiografiche.*

Il prisma della schiavitù ha permesso agli studiosi più attenti a livello internazionale di ripensare non solo le singole storie locali ma la modernità nel suo insieme, senza vincolarne l'interpretazione all'interno delle categorie giuridiche tradizionali. Le aporie e le contraddizioni che sono imbricate con l'evoluzione dei diritti dell'uomo rispetto al genere e alla classe come base dell'esclusione dalla

---

(6) Ci si riferisce a D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2000, trad. it. *Provincializzare l'Europa*, Roma, Meltemi, 2004; sul punto fondamentale, per l'interpretazione offerta e per i numerosi spunti di riflessione, il volume di S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, Ombre Corte, 2008.

(7) Si veda *Postcolonial Italy. Challenging National Homogeneity*, edited by C. LOMBARDI-DIOP, C. ROMEO, New York, Palgrave Macmillan, 2012.

(8) Così GILROY, *The Black Atlantic*, cit., p. 112.

(9) B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitutional*, Madrid, Trotta, 2007, p. 143; si veda anche ID., *Stato di diritto, diritti collettivi e presenza indigena in America*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 537-565.

cittadinanza, si affiancano a quelle ancora più evidenti legate alla schiavitù e alle discriminazioni razziali che hanno rappresentato « la più intollerabile contraddizione ideologica della modernità » (10). Del resto, già la pubblicistica radicale tardo settecentesca francese e inglese tendeva ad affiancare la polemica antischiavista alla denuncia della diseguaglianza femminile, cogliendo il legame tra razza, genere e partecipazione politica (11).

Volgendo lo sguardo agli studi più specificamente dedicati alla schiavitù nel mondo atlantico (Stati Uniti, Brasile, Caraibi), fondamentale è stata la recente pubblicazione di un'opera di Robin Blackburn, accademico marxista inglese che ha saputo sviluppare la prospettiva sociologica interna al dibattito degli anni Settanta della *New Left Review* sul rapporto tra lotta di classe e rivolgimenti rivoluzionari (12), verso una riflessione storica più ampia sul fenomeno della schiavitù, al quale ha consacrato gli ultimi venticinque anni di studio, racchiusi in una fondamentale trilogia (13). Nell'ultimo volume, *The American Crucible*, la schiavitù è utilizzata come una chiave di lettura imprescindibile per comprendere la modernizzazione dell'Occidente (14). Blackburn, dopo aver ricordato che « in Britain a wave of parliamentary acts of enclosure of common land was sponsored by 'improving landlords', encouraging the further

---

(10) M. Hardt, A. Negri, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, Rizzoli, 2010, p. 80.

(11) J. Jennings, *A Trio of Talented Women: Abolition, Gender, and Political Participation, 1780-91*, in « Slavery and Abolition », XXVI (2005), n. 1, pp. 55-70; si veda anche il numero monografico di « Slavery and Abolition », XXVI (2005), n. 2, *Women in Western Systems of Slavery*; C.L. Miller, *The French Atlantic Triangle. Literature and Culture of the Slave Trade*, Durham, Duke University Press, 2008, in particolare la Parte II, *French Women Writers*, p. 99 e ss.; L. Hunt, *Inventing Human Rights. A History*, New York-London, Norton, 2008 trad. it. (dal titolo fuorviante) *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

(12) Per esempio *Ideology in Social Science: Readings in Critical Social Theory*, edited by R. Blackburn, Glasgow, Collins, 1972.

(13) R. Blackburn, *The Overthrow of Colonial Slavery 1776-1848*, London-New York, Verso, 1988; Id. *The Making of New World Slavery 1492-1800*, London-New York, Verso, 1997; Id., *The American Crucible. Slavery, Emancipation and Human Rights*, London-New York, Verso, 2011.

(14) Cfr. la recensione di G. Turi, *La schiaviù e il predominio dell'Occidente*, in « Passato e presente », XXX (2012), n. 87, pp. 155-163.

expansion of capitalist agriculture and leading to a steady exodus from the countryside » (15), sottolinea l'affermazione a partire dalla metà del Settecento di una duplice accumulazione primitiva basata da un lato sulla separazione dei lavoratori dalla terra attraverso le *enclosure* e dall'altro sull'utilizzo dei super-profitti provenienti dal commercio e sfruttamento della schiavitù che contribuirono a finanziare l'espansione dell'industria e del credito (16).

L'autore concorda in buona parte con l'ormai classica tesi di Eric Williams — sostenuta in *Capitalism and Slavery* nel 1944 (17) — secondo la quale nel percorso che portò all'abolizione della schiavitù prevalsero i motivi economici su quelli morali. La tesi di Williams, che ha suscitato per decenni controversie tuttora non concluse, ad avviso di Blackburn, sebbene debba essere riformulata, rimane convincente: « it did quite correctly identify the very great intimacy between the surge of slave produce and slave-trading, on the one hand, and British capitalist development and industrialization on the other » (18). Egli tuttavia ritiene centrale nel percorso verso l'emancipazione non solo l'aspetto economico ma soprattutto altri due fattori che la storiografia, anche quella di orientamento marxista, aveva trascurato: il ruolo svolto dagli stessi schiavi nelle resistenze al sistema segregazionista e quello dei movimenti politici radicali. La schiavitù fu completamente abolita, afferma l'autore, in seguito ai mutamenti sociali e alle sanguinose rivolte e resistenze degli schiavi, le quali fornirono, forse inconsapevolmente, un contributo fondamentale all'emancipazione e all'affermazione dei diritti umani: « the institution was brought down not because it had ceased to be

---

(15) BLACKBURN, *The American Crucible*, cit., p. 99.

(16) Ivi, in particolare il cap. 4, *Slavery and Industrialization*, p. 99 e ss.

(17) E. WILLIAMS, *Capitalism and Slavery* (1944), Chapel Hill-London, University of North Carolina Press, 1994, trad. it. *Capitalismo e schiavitù*, Bari, Laterza, 1971; dalla medesima prospettiva E. GENOVESE, E.D. GENOVESE, *The Fruit of Merchant Capital: Slavery and Bourgeois Property in the Rise and Expansion of Capitalism*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1983; ma anche I. WALLERSTEIN, *Il sistema mondiale dell'economia moderna*. II. *Il mercantilismo e il consolidamento dell'economia-mondo europea, 1600-1750*, Bologna, il Mulino, 1990.

(18) BLACKBURN, *The American Crucible*, cit., p. 101.

productive and profitable, but by great political convulsions, class struggles and acts of resistance » (19).

Proprio sulle forme di resistenza alla schiavitù si è soffermato recentemente Gabriele Turi in un esaustivo testo sull'abolizionismo (20) stabilendo un punto di arrivo della storiografia italiana che negli ultimi anni si è concentrata su un'attenta disamina del fenomeno giuridico coloniale (21). Il volume affronta il percorso abolizionista durante l'età moderna, basandosi su una vastissima letteratura critica, principalmente anglosassone, e su sintesi di grande valore scientifico.

L'autorevole storico dell'età contemporanea (22) inizia la sua analisi con un'accurata riflessione su oblio e memoria e sul delicato rapporto che intercorre tra quest'ultima e la storia, e si interroga sull'opportunità delle cosiddette leggi memoriali che, soprattutto in Francia, ma anche in Italia, hanno suscitato una profonda eco e un vivo dibattito tra storici e giuristi (23). L'interrogativo al centro dell'attenzione è se le cosiddette *lois mémorielles* possano dichiarare

---

(19) Ivi, p. 25.

(20) G. Turi, *Schiavi in un mondo libero. Storia dell'emancipazione dall'età moderna a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

(21) Tra la vasta bibliografia si segnalano i lavori più rilevanti dal punto di vista della storia giuridica e costituzionale: L. Martone, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002, pp. 27 ss.; Id., *Diritto d'oltremare. Legge e ordine per le colonie del regno d'Italia*, Milano, Giuffrè, 2008; *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 2 t., 33-34 (2004-2005); *Oltremare. Diritto e istituzioni dal Colonialismo all'età postcoloniale*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Cuen, 2006; L. Nuzzo, *La colonia come eccezione. Un'ipotesi di transfer*, in « Rechtsgeschichte », VII (2006), pp. 52-58; G. Bascherini, *« Ex oblivione malum ». Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, in « Rivista critica del diritto privato », XXVII (2009), n. 2, pp. 245-294; Id., *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene, 2012; S. Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, il Mulino, 2012; C. Giorgi, *L'Africa come carriera. Funzioni e funzionari del colonialismo italiano*, Roma, Carocci, 2012.

(22) Tra i suoi numerosi lavori si veda *Giovanni Gentile. Una biografia*, Firenze, Giunti, 1995, poi Torino, Utet, 2006.

(23) Cfr. A. Brazzoduro, *Una storia di Stato? Leggi memoriali, religione civile, conflitto*, in « Studi Storici », XLVII (2006), pp. 405-422; B. Etemad, *Crimes et réparations. L'Occident face à son passé colonial*, Paris, André Versaille éditeur, 2008; E. De Cristofaro, *L'inquadramento giuridico del passato: memoria della Shoah e legge italiana*, in *Storia delle Shoah in Italia. Vicende, memorie, rappresentazioni*, II *Memorie, rappre-*

— o imporre — un punto di vista ufficiale sugli eventi storici (24). Il dibattito in Francia si è affemato dal 1990 con la legge sul negazionismo (25), passando per altri provvedimenti legislativi che hanno come obiettivo quello di evitare la negazione di fatti storici scientificamente dimostrati dalla comunità di studiosi, ma che mantengono un alto grado di contrasti interpretativi, come il genocidio degli Armeni, la condizione coloniale, la guerra d'Algeria (26), la schiavitù o la tratta stessa. Particolarmente significative sono state due leggi francesi, molto contestate, seppur da prospettive diverse, tendenti a disciplinare e forse a imbrigliare la memoria e la sua trasmissione: una, del 2001, sulla tratta e la schiavitù da considerare come crimini contro l'umanità (proposta da Christiane Taubira, deputata della Guiana, attuale ministro della Giustizia) e un'altra del 2005, più controversa e contrastata, sul contributo positivo del colonialismo (27). Il rischio di una verità ufficiale o di Stato si annida evidentemente dietro questa proliferazione, non solo in Francia, di leggi sulla memoria, che comportano, tra l'altro, un elevato grado di ambiguità nell'utilizzo da parte dei tribunali (28). Noto, almeno in Francia, è il caso dello storico Olivier Pétré-Grenouilleau il quale è stato accusato di violazione della legge Taubira per aver sostenuto che la schiavitù occidentale non era paragonabile al genocidio in quanto lo scopo dei commercianti e proprietari di schiavi era di

---

sentazioni, eredità, a cura di M. Flores, S. Levis Sullam, M.A. Matard-Bonucci, E. Traverso, Torino, Utet, 2010, pp. 337-356.

(24) Tra la vasta bibliografia si veda ora *La loi peut-elle dire l'histoire? Droit, Justice et Histoire*, sous la direction de B. Favreau, Bruxelles, Bruylant, 2012.

(25) Ora si dispone dell'ottima sintesi di C. Vercelli, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

(26) Riguardo la legge, emanata in Francia il 6 dicembre 2012, sull'istituzione di una giornata commemorativa per le vittime della guerra d'Algeria si veda l'intervento di A.M. Lecis, in http://www.diritticomparati.it/2013/02.

(27) Sul punto si veda T. Casadei, S. Mattarelli, *Nota introduttiva* a *Il senso della Repubblica. Schiavitù*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 7-19 (cfr. la recensione di B. Bartocci in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 767-772); *Schiavitù, razza e memoria: il caso francese*, intervista di Thomas Casadei a Costanza Margiotta Broglio, in « La società degli individui », XIV (2011), n. 2.

(28) Si veda sul punto A. Buratti, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in « Associazione italiana dei costituzionalisti », 2/2012, rivista on-line.

conservare il più a lungo possibile la propria "merce" (29). Uno storico italiano, assai attento a questo delicato intreccio scientifico e politico, ha recentemente esortato a una maggiore attenzione alla storia e minore alla memoria, per recuperare un rapporto con il passato più problematico e più critico (30).

Movendo dalla consapevolezza dunque che la storia della schiavitù risenta più di altre dei drammatici eventi che la hanno caratterizzata, Turi cerca di restituirne la memoria attraverso l'esame del movimento abolizionista e soprattutto, in maniera originale e in continuità con le nuove sensibilità storiografiche, tramite lo studio e la ricostruzione dei numerosi fenomeni di resistenza da parte degli schiavi stessi al sistema giuridico e politico che li opprimeva. In particolare il libro si sofferma sulla realtà statunitense e sulle colonie francesi proponendo un'attenta disamina della struttura giuridica e ideologica che fungeva da architrave all'ordinamento schiavista.

Prima dell'affermazione del movimento abolizionista, sviluppatosi intorno alla metà dell'Ottocento, i primi anni del XVIII secolo e, in maniera più intensa, i decenni successivi furono caratterizzati da numerose forme di resistenza all'ordinamento schiavista e coloniale che si manifestarono nei possedimenti francesi, inglesi e spagnoli. Questi eventi sono stati ignorati dalla storiografia sino agli anni Cinquanta negli Stati Uniti (31) e molto oltre in Europa a vantaggio di una « interessata invenzione della tradizione » (32) che manteneva nell'ombra i contributi degli schiavi stessi concentrandosi esclusivamente sulle scelte umanitarie delle potenze colonialiste per l'abolizione della schiavitù.

Uno dei principali interpreti di questa nuova corrente storio-

---

(29) Sul caso giudiziario, risoltosi con il ritiro della denuncia, si veda ampiamente C. Margiotta, *La schiavitù tra diritto, memoria e ricerca storica: il caso francese*, in *Il senso della Repubblica. Schiavitù*, cit., pp. 23-31.

(30) Così G. De Luna, *La Repubblica del dolore. Le memorie di un'Italia divisa*, Milano, Feltrinelli, 2011.

(31) Oltre al suo libro più celebre, *A people's history of the United State*, New York, Harper & Row, 1980, in particolare il cap. II, *Drawing the Color Line*, p. 22 e ss., si veda la raccolta di saggi *The Zinn Reader. Writings on Disobedience and Democracy*, New York, Seven Stories Press, 1997, trad. it. *Disobbedienza e democrazia*, Milano, Il Saggiatore, 2003.

(32) Turi, *Schiavi in un mondo libero*, cit., p. 246.

grafica negli Stati Uniti è stato Howard Zinn, storico e militante per i diritti civili e per il superamento delle discriminazioni razziali, il quale ha messo al centro della sua riflessione problematiche legate alla classe, alla razza, al rapporto tra legge e giustizia e alla questione dei diritti e della loro applicazione. In un saggio dedicato al *Bill of Rights* americano Zinn sottolineava il contributo delle classi subalterne all'affermazione dei diritti e all'applicazione dei primi dieci emendamenti del 1791: « Se fosse lasciato alle istituzioni di governo, il *Bill of Rights* sarebbe lettera morta. C'è stato però qualcuno che ha infuso un soffio di vita nel *Bill of Rights*. A farlo è stata gente ordinaria che ha fatto cose straordinarie. Sono stati quelli che hanno continuato a scrivere e a parlare, malgrado il *Sediction Act* del 1798, per criticare il governo. Gli abolizionisti bianchi e neri che sfidarono la *Fugitive Slave Law* e la sentenza della Corte suprema sul caso Dred Scott, sostenendo che i neri erano esseri umani, non proprietà, e che fecero irruzione nei tribunali e nelle stazioni di polizia per salvarli, per impedire che tornassero a essere schiavi » (33). Queste considerazioni si inseriscono in un ormai consolidato filone di studi che negli ultimi anni ha cercato di ricostruire i fenomeni storici e giuridici dalla prospettiva degli oppressi e degli esclusi dalla cittadinanza, i « senza parte », per dirla con Jacques Rancière (34), siano essi gli schiavi, le donne, gli operai, i sudditi coloniali o i soggetti subalterni che la critica postcoloniale ha rimesso al centro della riflessione filosofica (35).

Tra le forme di resistenza esercitate dai neri, di qualunque condizione giuridica, si possono annoverare le rivolte, i suicidi, gli infanticidi, i sabotaggi, l'avvelenamento e in particolare la fuga dalle piantagioni (*marronage*), che rappresentava la sfida più decisa ai

(33) ZINN, *Disobbedienza e democrazia*, cit., p. 271.

(34) Si veda J. RANCIÈRE, *Il disaccordo. Politica e filosofia*, Roma, Meltemi, 2007; ID., *L'odio per la democrazia*, Napoli, Cronopio, 2007.

(35) Nella vastissima bibliografia si veda G. CHAKRAVORTY SPIVAK, *The Post-Colonial Critic: Interviews, Strategies, Dialogues*, edited by S. HARASYM, London, Routledge 1990; EAD., *A Critique of Post-Colonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1999; sul punto cfr. F. IULIANO, *Altri mondi, altre parole. Gayatri Chakravorty Spivak tra decostruzione e impegno militante*, Verona, Ombre Corte, 2012.

proprietari, repressa con pene severissime (36). Le rivolte contro l'ordinamento schiavista ebbero, tra l'altro, come conseguenza un rafforzamento del regime repressivo coloniale che divenne particolarmente rigido nella fase discendente del suo dominio. Basti pensare all'istituzione di tribunali speciali per la repressione di determinati reati commessi da schiavi o all'inasprimento delle pene nei loro confronti spesso comminate dai padroni stessi che esercitavano all'interno delle piantagioni una giustizia privata (37). La creazione di tribunali speciali, istituiti *post factum* nelle colonie francesi e inglesi, ha destato l'attenzione, negli ultimi anni, con prospettive sensibilmente diverse, di studiosi statunitensi ed europei. In particolare

---

(36) Cfr. Y. Debbasch, *Le Marronage. Essai sur la désertion de l'esclave antillais*, in *L'Année sociologique*, 1961, pp. 1-112 e 1962, pp. 117-195; F. Chauleau, *Etude sur la condition servile à la Martinique (1635-1848). Contribution à l'étude de l'ineffectivité juridique*, Thèse Droit, Paris, 1964, p. 153 e ss.; G. Debien, *Le Marronage aux Antilles françaises au XVIII^e siècle*, in « Caribbean Studies », (1966), pp. 1-43; A. Gautier, *Les sœurs de Solitude. La condition féminine dans l'esclavage aux Antilles du XVII^e au XIX^e siècle*, Paris, Éd. Caribéennes, 1985, p. 227 e ss. (n.e. avec une *Préface* d'O. Pétré-Grenouilleau, Presses universitaires de Rennes, 2010); E. Dorlin, *Les espaces-temps des résistances esclaves: des suicidés de Saint-Jean aux marrons de Nanny Town (XVII^e-XVIII^e)*, in « Tumultes », n. 27, (2006), pp. 37-51; A.O. Thompson, *Flight to freedom. African Runaways and Maroons in the Americas*, Kingston (Jamaica), University of the West Indies Press, 2006; H. Vignaux, *Esclavage et rébellion. La construction sociale des Noirs et des Mulâtres (Nouvelle Grenade — XVII^e siècle)*, Montpellier, Presses universitaires de la Méditerranée, 2007; K. Wilson, *The Performance of Freedom: Maroons and the Colonial Order in Eighteenth-Century Jamaica and the Atlantic Sound*, in « William and Mary Quarterly », LXVI (2009), n. 1, pp. 45-86; S. Hahn, *The Political Worlds of Slavery and Freedom*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009, p. 24 e ss.; Lindsay, *Il commercio degli schiavi*, cit., p. 113 e ss.; F. Vergès, *L'homme prédateur. Ce que nous enseigne l'esclavage sur notre temps*, Paris, Albin Michel, 2011, p. 129 e ss.

(37) Y. Debbasch, *Opinion et droit. Le crime d'empoisonnement aux îles pendant la période esclavagiste*, in « Revue Française d'Histoire d'Outre-Mer », LI (1963), pp. 137-188; P. Pluchon, *Nègres et Juifs au XVIII^e siècle. Le racisme au siècle des Lumières*, Paris, Tallandier, 1984, p. 178 e ss.; J. Savage, *Between Colonial Facts and French Law: Slave Poisoners and Provostial Court in Restoration-Era Martinique*, in « French Historical Studies », XXIX (2006), n. 4, pp. 565-594; C. Jallamion, *Le justicier domestique: le droit du patron sur les esclaves*, in *Le juge et l'outre-mer*, V, sous la direction de B. Durand, M. Fabre, M. Badji, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2010, pp. 217-229; C. Oudin-Bastide, *La dialectique entre justice domestique des maîtres et justice publique du roi (Guadeloupe, Martinique, XVII^e-XIX^e siècles)*, in « Droits », (2010), v. 51, pp. 75-90.

l'istituzione nei possedimenti francesi di *Cours prévôtales* per la repressione del reato di avvelenamento percepito come un crimine molto diffuso, commesso dagli schiavi nei confronti dei propri padroni, è stata oggetto di nuove analisi (38). In Martinica, tra Sette e Ottocento erano frequenti i tentativi di sommossa da parte degli schiavi che suscitarono presso i coloni il timore di cospirazioni e complotti, alimentato anche dalle ripetute ribellioni avvenute in quegli anni nelle isole vicine quali le Barbados, la Giamaica, Cuba o le Bermude, e dall'ossessione, presente anche in altre realtà coloniali americane, dell'avvelenamento dei bianchi da parte degli schiavi o dei liberi di colore, oltre che dal costante monito esercitato dallo "spettro di Haiti".

È proprio su questo "spettro" che la storiografia si è maggiormente interrogata negli ultimi anni e che, oltre che nei lavori di Blackburn e Turi, ha trovato recentemente una riformulazione in un originale volume di Malick W. Ghachem, giurista e storico della *Maine School of Law*, che segna una svolta negli studi sulla schiavitù nel Nuovo Mondo e in particolare sulla vicenda della rivoluzione di Saint-Domingue (39). Egli utilizza l'intuizione tocquevilliana di una continuità tra *Ancien régime* e Rivoluzione alla prova della realtà coloniale e di quelle che definisce « the legacies of the Old Regime » (40). Il giurista e storico (oltre che avvocato) americano consi-

---

(38) Cfr. C.V.H. MAXWELL, *"The Horrid Villainy": Sarah Bassett and the Poisoning Conspiracies in Bermuda, 1727-30*, in « Slavery and Abolition », XXI (2000), n. 3, pp. 48-74; SAVAGE, *Between Colonial Facts and French Law*, cit., pp. 565-594; ID., *"Black Magic" and White Terror: Slave Poisoning and Colonial Society in Early 19th Century Martinique*, in « Journal of Social History » XL (2007), n. 3, pp. 635-662; G. LETI, *L'empoisonnement aux Antilles françaises à l'époque de l'esclavage (1724-1848)*, in *L'esclave et les plantations. De l'établissement de la servitude à son abolition. Un hommage à Pierre Pluchon*, sous la direction de PH. HRODEJ, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008; R.H. SCHLOSS, *Sweet Liberty. The Final Days of Slavery in Martinique*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009; M. FIORAVANTI, *Schiavi avvelenatori. Resistenze alla schiavitù e giurisdizioni penali straordinarie nelle Antille francesi della Restaurazione*, in « Giornale di Storia costituzionale », (in corso di stampa); C. OUDIN-BASTIDE, *L'effroi et la terreur. Esclavage, poison et sorcellerie aux Antilles*, Paris, Découverte, 2013.

(39) M.W. GHACHEM, *The Old Regime and the Haitian Revolution*, Cambridge (MA), Cambridge University Press, 2012.

(40) Ivi, p. 19.

dera che, così come la storia della Francia d'antico regime e quella rivoluzionaria sono state, per troppo tempo, tenute distinte dagli storici, anche quella di Saint-Domingue coloniale e di Haiti rivoluzionaria è stata studiata in maniera rigidamente separata: « historians of colonial and revolutionary Haiti have had little to say to each other, their chronological subfields treated as separate domains of research in much the way that Old Regime France and French Revolution have come to be seen as "distinct, separate entities" » (41). È necessario a suo avviso, invece, sulla scia di Tocqueville, cercare di fornire un'interpretazione della relazione tra i due momenti — quello coloniale e quello postcoloniale, per semplificare — facendo emergere le cesure e le discontinuità, così come le affinità e le similitudini, rispetto al problema dei diritti e dell'emancipazione.

La rivolta avvenuta nel 1791 guidata da Toussaint Louverture trova solo oggi, non solo nei lavori menzionati, ma in un ampio spettro di pubblicistica, uno spazio centrale nell'analisi dell'emancipazione e dell'affermarsi dei diritti umani. Uno dei primi studiosi che assegnò un ruolo fondamentale all'insurrezione di Haiti fu il grande intellettuale afroamericano William E.B. Du Bois (42), il quale già alla fine del XIX secolo diede il via a quel « decentramento » dello sguardo sulla storia statunitense che non avrebbe tuttavia trovato continuatori negli anni successivi (43). Ad eccezione del pioneristico e ancora fondamentale libro di Cyril Lionel Robert James (44), infatti, la storiografia ha sempre sottovalutato questo evento storico considerandolo sia un aspetto della più ampia narrazione occidentale dei diritti e dell'emancipazione sia un epi-

---

(41) *Ibidem*.

(42) W.E.B. Du Bois, *The Suppression of the African Slave-Trade to the United States of America, 1683-1870* (1896), Mineola (N.Y.), Dover, 1999.

(43) Si veda di S. Mezzadra, *Introduzione* a W.E.B. Du Bois, *Sulla linea del colore. Razza e democrazia negli Stati Uniti e nel mondo*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 7-97.

(44) C.L.R. James, *The Black Jacobins. Toussaint Louverture and the San Domingo Revolution*, New York 1938; quest'opera è stata riedita in italiano nella collana diretta e curata da F. Del Lucchese e M. Mellino: *I giacobini neri. La prima rivolta contro l'uomo bianco*, Prefazione di S. Chignola, Postfazione di M. Smartt Bell, Roma, Derive Approdi, 2006.

sodio marginale (seppur drammatico) nella vicenda delle rivoluzioni atlantiche (45). Anche negli studi più attenti e raffinati sulla rivoluzione dei diritti dell'uomo mancava, fino a pochi anni orsono, ogni riferimento alla questione coloniale e una prospettiva che vedesse nell'opera dei "giacobini neri" un contributo all'affermazione della cittadinanza moderna (46). Numerosi sono invece oggi gli studi che considerano la rivoluzione di Toussaint Louverture come un passaggio fondamentale per "l'invenzione dei diritti umani" (47) e un momento di approdo di quell'illuminismo radicale che aveva fatto della critica alla schiavitù il suo aspetto caratterizzante (48).

La storiografia anglosassone contemporanea in particolare, soprattutto in coincidenza con il bicentenario dell'indipendenza di Haiti del 2004, ha restituito alla rivoluzione di Saint-Domingue sia centralità storica che rilevanza politica e giuridica. Questa nuova stagione di ricerche si inserisce nel quadro più ampio di una rivalutazione della lotta antischiavista e anticoloniale come momento di emancipazione universale, iniziata proprio con la Rivoluzione francese e con il suo versante coloniale, in contrasto con la prospettiva tradizionale che vedeva nell'Occidente e negli Stati europei i soli

---

(45) I due volumi collettanei più importanti e rappresentativi pubblicati per il bicentenario della Rivoluzione francese — *Dictionnaire critique de la Révolution française* e *Dictionnaire historique de la Révolution française* — l'uno di ispirazione liberal-conservatrice, l'altro giacobino-marxista, non affrontano, o trattano in maniera marginale, la questione coloniale e quella della schiavitù. Nel primo non vi è nessuna voce riguardante tali temi, mentre nel secondo alla voce *esclavage* vi è un rinvio a quella *Amis des noirs*, redatta da Marcel Dorigny, il quale ha scritto anche le voci *Colonies (Régime des)* e *Toussant Louverture*; la rivoluzione di Haiti è assente inoltre nel recente volume di J.-P. Rioux, *Dictionnaire de la France coloniale*, Paris, Flammarion, 2007.

(46) Emblematico M. Gauchet, *La révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, dove non vi è alcun cenno alla rivolta di Haiti e al suo contributo nella lotta per l'emancipazione e l'affermazione dei diritti.

(47) Riprendo qui il titolo e l'impostazione del bel libro di Hunt, *Inventing Human Rights*, cit.

(48) N. Nesbitt, *Universal Emancipation. The Haitian Revolution and the Radical Enlightenment*, Charlottesville-London, University of Virginia Press, 2008; M. Flores, *Storia dei diritti umani*, Bologna, il Mulino, 2008.

motori della storia. Come ha enfaticamente sostenuto Blackburn « the "silencing" of Haiti's past has ended » (49).

3. *Rivoluzione e abolizione.*

Alla Rivoluzione francese e all'abolizionismo sono stati dedicati numerosi studi che hanno contribuito a rivedere alcune posizioni consolidate, in particolare rispetto alla questione del rapporto tra lo spirito umanitario e filantropico francese e il ruolo svolto dagli schiavi stessi per l'abolizione della schiavitù. Dai primi studi critici come quelli di James, che ha saputo coniugare rigore storico e impegno civile, e di Aimé Césaire (50), il cui valore — straordinario — è tuttavia maggiormente politico che storiografico, fino ai lavori più recenti, sembra esservi concordia, con accenti diversi, nel considerare l'abolizione della schiavitù per le colonie francesi nel 1794 come il frutto di una tattica, di una strategia e di un accentuato realismo piuttosto che espressione di ideali filantropici o umanitari (51). Per districare correttamente questa diatriba storiografica (ma anche politico-giuridica) è bene ripercorrere brevemente gli eventi tra *Ancien régime* e periodo rivoluzionario.

La situazione sociale e giuridica delle colonie francesi si basava su un atto normativo di impronta romanistica — *édit touchant la police des îles de l'Amérique*, noto come *Code noir* del 1685 (52) —

---

(49) R. Blackburn, *Epilogue*, in *The World of the Haitian Revolution*, edited by D.P. Geggus and N. Fiering, Bloomington (IN), Indiana University Press, 2009, p. 393.

(50) A. Césaire, *Toussaint Louverture. La Révolution et le problème colonial*, préface de C.-A. Julien, Paris, Présence africaine, 1962; si veda anche A. Césaire, *Discorso sul colonialismo* (1955), a cura e con Introduzione di M. Mellino, Verona, Ombre Corte, 2010.

(51) Y. Benot, *Comment la Convention a-t-elle voté l'abolition de l'esclavage en l'an II?*, in *Révolutions aux colonies*, numero monografico delle « Annales historiques de la Révolution française », (1993), 293, pp. 349-361; J. Boudon, *L'esclavage de la Révolution à l'Empire*, in « Droits », 53 (2011), pp. 3-28; Turi, *Schiavi in un mondo libero*, cit., p. 197.

(52) Si veda M.-L.-E. Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions des colonies françaises de l'Amérique sous le vent*, Paris 1784, I, pp. 414-424; *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, sous la direction de A.-J.-L. Jourdan, Decrusy, F.-A. Isambert, Armet, A. H. Taillandier, Paris 1821-1833, XIX, pp. 494-504; *Code de la Martinique*, Saint-Pierre 1767, I, pp. 404-412.

che disciplinava il commercio degli schiavi e la loro *police* adattandosi alle consuetudini locali. La schiavitù ben presente nelle colonie era esclusa nel territorio metropolitano francese, in base a una consolidata giurisprudenza risalente al XIV secolo, sebbene non sempre rispettata (53). Espressione dell'assolutismo borbonico, il *Code noir* fu emanato da Luigi XIV tramite l'opera di Jean-Baptiste Colbert, il quale si avvalse della collaborazione di alcuni amministratori coloniali (54). Registrato dal *Conseil souverain* della Martinica il 6 agosto 1685, esso fu applicato inizialmente nelle "isole del Vento" (Martinica, Guadalupa e Saint-Christophe), mentre entrò in vigore a Saint-Domingue il 6 maggio 1687, in Guiana il 5 maggio 1704, a l'île Bourbon (l'attuale Réunion) e a l'île de France (oggi denominata Maurice) nel dicembre 1723 e in tutti i possedimenti francesi a partire dal marzo 1724, quando venne esteso anche alla Louisiana (55). Rimase in vigore nelle colonie francesi fino al 1848, con la breve, ma significativa parentesi, del periodo rivoluzionario.

Proprio il *Code noir* è stato al centro della rinascita storiografica degli ultimi anni, dall'opera pioneristica di Louis Sala-Molins fino agli studi più recenti e maggiormente equilibrati di Jean-François Niort e a quelli, tra i quali emerge il volume di Ghachem,

---

(53) S. Peabody, *« There are no slaves in France »: The Political Culture of Race and Slavery in the Ancien Régime*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1996; Ead., *La question raciale et le « sol libre de France »: l'affaire Furcy*, in « Annales. Histoire, Sciences sociales », LXIV, 2009, n. 6, pp. 1305-1334; numero monografico di « Slavery and Abolition », (2011), dedicato al principio del "suolo libero".

(54) Cfr. L. Peytraud, *L'esclavage aux Antilles françaises avant 1789. D'après des documents inédits des archives coloniales*, Paris, Hachette, 1897, p. 143 e ss.; A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, I, Paris, Larose, 1927, pp. 222-224; si veda anche P. Haudrère, *Code noir*, in *Dictionnaire de l'Ancien régime*, cit., pp. 274-275; V.V. Palmer, *Essai sur les origines et les auteurs du Code noir*, in « Revue internationale de droit comparé », L (1998), n. 1, pp. 111-140; G. Bigot, *Esclavage*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland, S. Rials, Paris, Puf, 2003, pp. 638-642; G. Patisso, *Le droit des esclaves. I codici neri del 1685 e del 1724 nei territori della nuova Francia*, in « Giornale di Storia Costituzionale », VII (2007), n. 14, pp. 43-62; L. Sala-Molins, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, Puf, 1987, n.e. 2007; J.-F. Niort, *Homo servilis. Essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le Code noir de 1685*, in « Droits », 50 (2009), pp. 120-141.

(55) Un'interpretazione comparata dei due testi, 1685 e 1724, è offerta da Sala-Molins, *Le Code noir*, cit., p. 89 e ss.; e, più recentemente, da J.-F. Niort e J. Richard, in « Droits » 50 (2009), pp. 145-161.

che utilizzano il testo di riferimento per la disciplina della schiavitù come indicatore delle trasformazioni avvenute ad Haiti prima e dopo la rivoluzione. Esso da un lato era il principale strumento di asservimento per gli schiavi, dall'altro introduceva delle garanzie a loro tutela (il proprietario, per esempio, aveva l'obbligo di vestirli e nutrirli ma era autorizzato a bastonarli e incatenarli, senza poterli mutilare o torturare). Formalmente gli schiavi denutriti, mal vestiti o picchiati senza motivo erano autorizzati a ricorrere al procuratore del re che avrebbe potuto perseguire i padroni per violazione della legge, ma era un'ipotesi puramente teorica che non si verificò quasi mai sia nei possedimenti francesi che in altri ordinamenti coloniali.

Sia la protezione giuridica e giurisdizionale di cui godevano gli schiavi sia le norme che limitavano l'arbitrio dei padroni — nel mondo coloniale francese come in quello spagnolo (basato sui *Códigos negros*) e anglosassone (dove vigevano numerosi *Black Codes*), — rimasero largamente disattese, mentre le misure che inasprivano le pene contro i neri erano attuate severamente. Secondo la lettera di numerosi testi normativi, sia per le colonie francesi che per gli Stati americani, lo statuto giuridico dello schiavo poteva limitare il potere del padrone, ma l'applicazione di queste disposizioni favorevoli ai neri fu rara: soprattutto nel mondo coloniale esisteva un abisso tra la regola e la sua concreta traduzione in pratica. L'uccisione di uno schiavo per esempio, che aveva resistito a una punizione, secondo la normazione vigente in Virginia (dove nel 1705 tutta la legislazione in materia era stata raccolta in uno *Slave's Code*), non era considerata un reato, mentre secondo il Codice della Carolina del Sud del 1712 la pena per aver colpito una persona bianca consisteva nella frusta la prima volta e nel marchio la seconda, e se il colono rimaneva ferito o mutilato, la condanna era la morte. Lo schiavo fuggitivo, infine, la prima volta veniva frustato, la seconda marchiato a fuoco, la terza subiva il taglio delle orecchie e la quarta sarebbe stato castrato (direttamente ad opera del sorvegliante) (56). Per esempio in Nuova Granada « les principales obli-

(56) J.-P- Feldman, *Le statut juridique de l'esclave dans le monde américain (XVII^e^-XIX^e^)*, in « Droits », 52 (2010), pp. 19-43; « La Virginia e la Carolina del Nord permettevano espressamente la castrazione degli schiavi per i delitti efferati e nel Maryland, in caso di piccoli tradimenti o incendi appiccati da uno schiavo, gli si tagliava

gations incombant aux maîtres permettant de "justifier" l'état de servitude n'étaient pas remplies » (57) e, più in generale, nelle colonie spagnole basate sulla disciplina dei "codici neri" di ispirazione francese, gli obblighi dei padroni verso i neri di condizione servile — « que con un criterio muy amplio podrían calificarse "derechos" de los esclavos » (58) — erano insignificanti rispetto a quelli degli schiavi. Tra i numerosi episodi di violenze da parte dei padroni, noto fu l'*affaire* Le Jeune, dal nome del piantatore che uccise quattro schiavi e ne torturò altre due a Saint-Domingue nel 1788, con il pretesto che fossero avvelenatori. In seguito a una denuncia presentata da altri schiavi della piantagione presso il tribunale di Le Cap, i magistrati inequivocabilmente rinvenirono i cadaveri e i corpi delle donne torturate. Tuttavia, grazie alla testimoniana di alcuni bianchi a favore di Le Jeune, il colono fu assolto (59). Questo episodio dimostra ulteriormente sia l'inefficacia dell'intervento giudiziario nei rapporti schiavi-padroni a Saint-Domingue e nelle Antille francesi del XVIII e XIX secolo sia la rilevanza del reato di avvelenamento che ha lasciato la sua impronta nella società coloniale come un « fatto sociale totale » (60).

Dallo studio del versante coloniale della fase rivoluzionaria emerge dunque la contraddizione tra gli eventi che sconvolsero la Francia nell'Ottantanove, con la loro carica emancipatrice e l'affermazione dei diritti di libertà ed eguaglianza da una parte, e il mantenimento in schiavitù dei neri delle colonie dall'altra (61). Le

---

la mano destra e poi lo si impiccava, la testa veniva tagliata, il corpo squartato e le parti smembrate esposte al pubblico. Fino agli anni Quaranta del Settecento gli schiavi a New York potevano essere bruciati a morte in modo penosamente lento, torturati sulla ruota o appesi in catene fino al sopraggiungere della morte per inedia », HUNT, *La forza dell'empatia*, cit., p. 58.

(57) VIGNAUX, *Esclavage et rébellion*, cit., p. 99.

(58) M. LUCENA SALMORAL, *Le esclavitud en América española*, Warszawa, Centro de Estudios Latinoamericanos, 2002, p. 238.

(59) P. DE VAISSIÈRE, *Saint-Domingue. La société et la vie créoles sous l'Ancien régime (1629-1789)*, Paris, Perrin, 1909, pp. 186-188.

(60) OUDIN-BASTIDE, *L'effroi et la terreur*, cit., p. 11 e p. 282.

(61) « Come era possibile dare credibilità e incisività ai "diritti dell'uomo" alla luce della crescita esponenziale della moderna tratta degli schiavi nel corso della seconda metà del XVIII secolo? »: V. FERRONE, *Lezioni illuministiche*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. IX.

incoerenze e le antinomie tra il linguaggio e la retorica dei diritti umani universali e le crudeltà inflitte agli schiavi, così come le aporie tra prospettive illuministiche e rivoluzionarie e il mantenimento della schiavitù sia in America che nelle colonie francesi, sono questioni che, ampiamente dibattute a livello internazionale negli ultimi anni (62), mostrano il volto bifronte del moderno, ovvero la compresenza, nell'affermazione dei diritti dell'uomo, di dinamiche di esclusione e inclusione (63).

Alla dialettica padroni-schiavi, approfondita in sede storiografica, si aggiunge, soprattutto negli ultimi anni, una riflessione su una categoria intermedia di individui, i liberi di colore, che svolsero un ruolo fondamentale nella rivendicazione dei diritti civili e politici, mantenendo tuttavia alcune incongruenze proprio nel loro rapporto con l'istituto della schiavitù. Si sono dimostrati pertanto un fertile terreno di ricerca che ha catalizzato gli studi più innovativi in Francia e nella cultura anglosassone.

La categoria dei liberi di colore — *gens de couleur* nelle colonie francesi, *free blacks* in quelle anglosassoni e *negros libres* nell'America latina — risultava equivoca in quanto evocativa di distinte condizioni giuridiche e sociali (64). L'espressione rimandava a una tipologia giuridica coloniale che indicava sia gli affrancati — *affranchis* o *nègres libres* — sia le persone libere di colore (65). Successivamente le due categorie furono ulteriormente distinte in quanto queste ultime, dalla metà circa del XVIII secolo, stavano aumentan-

---

(62) Ha sollevato una critica pungente alle contraddizioni della modernità liberale D. Losurdo, *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005, tradotto recentemente in francese: *Contre-histoire du libéralisme*, Paris, Découverte, 2013.

(63) S. Buck-Morss, *Hegel e Haiti. Schiavi, filosofi e piantatori: 1792-1804*, in *Spettri di Haiti. Dal colonialismo francese all'imperialismo americano*, a cura di R. Cagliero, F. Ronzon, Verona, Ombre Corte, 2002, pp. 21-59.

(64) D. Geggus, *Racial Equality, Slavery and Colonial Secession during the Costituent Assembly*, in « American Historical Review », XCIV (1989), n. 5, pp. 1290-1308; J.D. Garrigus, *Colour, Class, and Identity on the Eve of the Haitian Revolution: Saint-Domingue's Free Coloured Elite as* Colons américains, in « Slavery and Abolition », XVII (1996) pp. 20- 43; A. Helg, *The Limits of Equality: Free People of Colour and Slaves during the First Indipendence of Cartagena, Columbia, 1810-15*, in « Slavery and Abolition », XX (1999), n. 2, pp. 1-30; J. D. Garrigus, *Opportunist or Patriot? Julien Raimond (1744-1801) and the Haiti Revolution*, in « Slavery and Abolition », XXVIII (2007).

(65) Ghachem, *The Old Regime*, cit., p. 13 e ss.

do numericamente e acquisendo un forte potere economico e sociale ostacolato dai coloni bianchi (66): « la position des sang-mêlés se fait plus solide sur le plan économique et de plus en plus incertaine sur le plan du droit et du rôle qu'il recouvrent dans la vie socio-politique de la colonie » (67). Gli studi più recenti e approfonditi rivelano l'ostilità dei coloni verso i liberi di colore, i quali erano visti come una minaccia all'ordine razziale delle colonie: « For many planters, the rising economic and demographic influence of free people of color was a visible challange to the island's system of racial hierarchy » (68).

Il timore dei bianchi nei confronti di questa categoria intermedia è testimoniato dalle parole di un proprietario di schiavi della Martinica, Pierre Dessalles, il quale perseguiva, come il resto dell'*élite* dell'isola, l'obiettivo di mantenere intatto l'ordine giuridico vigente. Nel 1823 sostenne che « les classes qui habitent les colonies ne ressemblent pas à celles de France; avant de commencer ses intentions, avant de s'occuper à ramener la morale, entièrement oubliée par les gens de couleur, il aurait dû consulter les intérêts du système coloniale, il aurait dû consulter, visiter, et se convaincre de la nécessité de conserver l'ordre établi pour le maintien de l'esclavage et du respect dû aux blancs par les gens libres » (69).

I liberi di colore, rappresentanti i ceti inermedi, si posizionavano nella gerarchia locale tra gli schiavi e i bianchi — « second-class citizenship » (70) — ed erano paragonabili ai membri del Terzo Stato in Francia. Gli affrancati, proprietari e commercianti nelle colonie, rivendicarono i diritti universali dell'uomo indipendentemente dal colore della pelle, senza tuttavia sostenere la causa abolizionista. I rivoluzionari francesi, espressione della borghesia dei commerci e delle professioni, furono gli artefici della rivoluzione dei diritti

---

(66) « In the late eighteenth century, free colored were at most 8 percent of the total slave population in the French and British colonies », H.S. KLEIN, *The Atlantic Slave Trade*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 35.

(67) C. BIONDI, *Le problème des gens de couleur aux colonies et en France dans la seconde moitié du XVIII^e siècle*, in « Cromohs », VIII (2003).

(68) SAVAGE, *Between Colonial Facts and French Law*, cit., p. 582.

(69) P. DESSALLES, *La Vie d'un colon à la Martinique au XIX^e siècle*, *Correspondance 1808-1834*, présentée par H. DE FRÉMONT, s.l., 1980, p. 91 (4 luglio 1823).

(70) GHACHEM, *The Old Regime*, cit., p. 14.

dell'uomo avviata con il 1789, ma si dimostrarono meno attenti alle istanze del popolo minuto, dei contadini, delle donne, e, in ultima istanza, degli schiavi (71).

I membri della *Société des Amis des Noirs*, fondata nel 1788 a Parigi (72), furono unanimi nel difendere il diritto degli uomini di colore liberi di partecipare alle assemblee politiche e di esercitare a pieno titolo i diritti di cittadinanza, in contrapposizione ai rappresentanti dei coloni, riuniti nel *club Massiac* (73), i quali auspicavano il mantenimento dello *status quo* per garantire i commerci e la ricchezza proveniente principalmente dai possedimenti centro americani. Più problematica fu la questione dei neri di condizione servile, verso i quali solo in pochi si espressero a favore di una loro liberazione immediata.

In Francia, dopo una prima serie di atti normativi, espressione del conflitto tra *Amis des Noirs* e *club Massiac*, si addivenne a una legislazione volta a equiparare i liberi di colore abitanti nelle colonie, proprietari contribuenti (e contraenti, per dirla con Stefano Rodotà) ai cittadini francesi. Il decreto del 15 maggio 1791 concesse i diritti civili ai neri liberi, ma non estese la cittadinanza a coloro che erano nati da madre schiava. Maximilien Robespierre, che il 13 dello stesso mese aveva proclamato il noto avvertimento *Périssent les colonies plutôt qu'un principe!*, prese le distanze dal decreto a vantaggio dei diritti di cittadinanza e del rispetto della Costituzione:

> Je sens que je suis ici pour défendre les droits des hommes libres de couleur en Amérique, dans toute leur étendue; qu'il ne m'est pas permis, que je ne puis pas, sans m'exposer à un remords cruel, sacrifier une partie de ces hommes-là à une autre portion de ces mêmes hommes. Or je reconnais les

---

(71) J.-C. Halpern, *Le mouvement populaire et l'abolition de l'esclavage en l'an II*, in *L'image de la Révolution française*, sous la direction de M. Vovelle, I, Paris, Pergamon Press, 1990, pp. 169-78.

(72) Tra i quali Jacques-Pierre Brissot de Warville, Étienne Clavière, Dominique de La Rochefoucauld, Emmanuel-Joseph Sieyès, Condorcet, Adrien Duport, Henri Grégoire, La Fayette, Honoré Mirabeau, Jacques Necker, Pétion de Villeneuve, Le Pelletier de Saint Fargeau; cfr. M. Dorigny, B. Gainot, *La Société des Amis des Noirs (1788-1799). Contribution à l'histoire de l'abolition de l'esclavage*, Paris, Unesco, 1998.

(73) Composto, tra gli altri, da Gouy d'Arsy, Antoine Barnave, Pierre-Victor Malouet, Moreau de Saint-Méry; cfr. D. Liébart, *Un groupe de pression contre-révolutionnaire: le Club Massiac sous la Constituante*, in « Annales historiques de la Révolution française », (2008), n. 354, pp. 29-50.

> mêmes droits à tous les hommes libres de quelque père qu'ils soient nés, et je conclus qu'il faut admettre le principe dans son entier. Je crois que chaque membre de cette assemblée s'aperçoit qu'il en a déjà trop fait en consacrant constitutionnellement l'esclavage sur les colonies (74).

La portata riformatrice del provvedimento del 15 maggio, tuttavia, fu vanificata, per la pressione dei rappresentanti dei coloni e il decreto del 24 settembre successivo restituiva alle assemblee coloniali il monopolio sulla disciplina dello statuto personale e dichiarava liberi tutti i *sang-mêlé* residenti in Francia, escludendo implicitamente gli abitanti delle colonie che continuavano a vivere in uno stato d'eccezione. Solo con la promulgazione, il 4 aprile 1792, del decreto del 28 marzo, l'Assemblea legislativa dichiarò l'uguaglianza dei diritti politici tra gli uomini di colore e i coloni bianchi.

A Saint-Domingue, dove già dal 1790 erano esplosi sommovimenti rivoluzionari, inizialmente guidati da neri liberi, tesi a rivendicare l'eguaglianza e l'applicazione dei principi dell'Ottantanove anche nell'oltremare, nell'agosto 1791 si verificò una sollevazione di schiavi, evento che avrebbe avuto conseguenze epocali nella storia politica e costituzionale, sul quale la storiografia, come si è detto, solo negli ultimi anni ha iniziato a interrogarsi esaustivamente, proponendo diverse interpretazioni non solo in base ai documenti rinvenuti e agli elementi emersi ma, principalmente, in seguito alle nuove sensibilità che si sono affermate nelle società contemporanee, più inclini a riflettere sui margini, sui confini, sulle periferie e, in particolare, sul crinale che separa "noi e gli altri".

Saint-Domingue, la parte occidentale dell'isola di Hispaniola, rappresentava il più vasto e fiorente possedimento francese nei Caraibi e un'enorme fonte di ricchezza grazie in particolare alla coltivazione della canna da zucchero, basata essenzialmente su manodopera non libera. La rivolta di schiavi esplosa nell'agosto assunse presto dimensioni tali da sfociare in una sanguinosa guerra civile condotta in maniera feroce da entrambe le parti. Questa cruenta sollevazione, guidata prima da due uomini di colore, Jean-François Papillon e Georges Biassou, poi dallo schiavo affrancato

---

(74) *Archives Parlementaires*, Is., *Séance du 15 mai 1791*, p. 95.

Toussaint Louverture, sollecitò i giacobini a riconoscere i diritti dei neri, a scapito degli interessi economici della Francia (75).

Sebbene l'art. 18 della Dichiarazione dei diritti che precedeva l'atto costituzionale giacobino del 24 giugno 1793, prevedesse che ogni individuo poteva impegnare i propri servizi e il proprio tempo, ma non poteva vendersi, né essere venduto, non essendo la sua persona una proprietà alienabile, si dovette attendere l'evolversi drammatico degli eventi a Saint-Domingue, per giungere all'abolizione definitiva della schiavitù e all'abrogazione, provvisoria, del *Code noir*. Per cercare di arginare il dilagare della rivolta, furono inviati nelle Antille due giuristi montagnardi e commissari della Repubblica, Légér-Félicité Sonthonax ed Etienne Polverel (insieme a Jean Antoine Ailhaud) (76). Oltre l'abolizione di premi e gratificazioni accordati al commercio degli schiavi con i decreti della Convenzione del 27 luglio e 19 settembre 1793 (77), il 29 agosto dello stesso anno, i due giuristi, presero la decisione, in accordo con il capo della rivolta Toussaint Louverture, di abolire la schiavitù nella parte nord dell'isola e il 21 settembre in quella del sud, e di introdurre la Dichiarazione dei diritti (78). Il testo fu seguito da un provvedimento ancora più significativo, il decreto del 16 piovoso anno II (4 febbraio 1794), che abolì la schiavitù in tutte le colonie francesi (ad eccezione della Martinica che era stata occupata dagli Inglesi) e garantì la libertà a più di settecentomila persone, senza indennizzo per i proprietari (79). Questo atto di portata storica, la cui

---

(75) S. Drescher, *Abolition. A History of Slavery and Antislavery*, Cambridge (MA), Cambridge University Press, 2009, p. 160 e ss. e bibliografia citata; Nesbitt, *Universal Emancipation*, cit., p. 141 e ss.

(76) Cfr. R.L. Stein, *Léger Félicité Sonthonax. The Lost Sentinel of the Republic*, Toronto/London, Associated University Press, 1985, p. 41 e ss.

(77) *Décret de la Convention Nationale, du 27 juillet 1793, l'an second de la République Française, une et indivisible, qui supprime les Primes pour la Traite des Esclaves*, Paris 1793; *Décret de la Convention Nationale, du 19 septembre 1793, l'an second de la République Française, une et indivisible, qui autorise le payement des Primes et Gratifications accordées au Commerce, à l'exception de celles pour la traite des Nègres*, Paris 1793.

(78) Cfr. Geggus, *Racial Equality*, cit., p. 1303; F. Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution, 1789-1795-1802*, Paris, Puf, 1992, p. 205 e ss.

(79) « La Convention nationale: - déclare aboli l'esclavage des nègres dans toutes les colonies: en conséquences, elle décrète que tous les hommes, sans distincion

interpretazione rimane controversa, è stato considerato sia il simbolo dell'inizio di una nuova epoca sia, al tempo stesso, espressione di attento realismo da parte dei giacobini. La liberazione degli schiavi della parte occidentale dell'isola di Hispaniola ad opera dei commissari del governo francese « suggest that abolitionism itself was propelled by a precautionary, strategic ethics not unlike that wich pervaded the governance of slavery in colonial Haiti » (80).

La storiografia di vari orientamenti, unanime nel considerare l'abolizione del 1794 dettata da motivi di opportunità politica, si divide sulle argomentazioni che spinsero i rivoluzionari verso questo passo così significativo. Secondo alcuni le motivazioni principali furono di carattere economico e politico, mentre studi più recenti hanno messo in luce soprattutto obiettivi militari e della difesa dei territori francesi d'oltremare. In seguito all'occupazione inglese della Martinica e alla presenza spagnola nella parte orientale dell'isola di Hispaniola, i rivoluzionari erano mossi dalla preoccupazione di evitare l'allenza degli schiavi con le potenze coloniali presenti nell'America centrale, in particolare Spagna e Inghilterra. Pertanto i commissari della Repubblica inviati a Saint-Domingue, il 29 agosto 1793 nel dichiarare abolita la schiavitù non agirono soltanto seguendo principi umanitari e filantropici, ma vollero guadagnare i neri alla causa rivoluzionaria e a quella anti-inglese e anti-spagnola. Gli eventi drammatici che continuarono a susseguirsi sull'isola caraibica condizionarono fortemente la decisione della Convenzione nazionale di abolire definitivamente la schiavitù nel piovoso anno II, senza indennizzo per i proprietari. Tuttavia il decreto fu inviato nelle colonie in ritardo e fu sospeso per l'île de France (île Maurice) e per il Madagascar, mentre non ebbe alcun effetto in Martinica. Come è stato sostenuto in una recente ricostruzione degli eventi, « les principes philantropiques n'auraient jamais emporté la décision à eux seuls; ils avaient besoin du renfort d'argumentations moins nobles que la liberté, l'égalité ou la fraternité » (81). Altre interpretazioni

---

de couleurs, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français, et jouiront de tous les droits assurés par la Constitution; - renvoie au Comité de salut public pour lui faire incessamment un rapport sur les mesures à prendre pour l'exécution du décret ».

(80) GHACHEM, *The Old Regime*, cit., p. 17.

(81) BOUDON, *L'esclavage*, cit., p. 12.

contemporanee hanno ribadito il duplice volto dell'abolizionismo: « les efforts de la Convention apparaissent comme un demi-échec [...]. Pour autant, elle présente le mérite d'entériner pour la première fois la victoire d'une insurrection noire, celle de Saint-Domingue, qui s'est déroullée dans la nuit du 22 au 23 août 1791 » (82).

Tuttavia, secondo alcuni interpreti, soprattutto provenienti dal mondo anglosassone e influenzati dalla lezione di Jonathan Israel sul *Radical Enlightenment* (83) e sulle matrici spinoziste nella nascita del mondo moderno, la rivoluzione di Saint-Domingue ha contribuito a creare un nuovo soggetto della modernità il quale « possessed often radically different visions of how the process of universal emancipation was to be implemented » (84). Essi non nascondo come i cambiamenti epocali ai quali gli Stati Uniti e il mondo hanno assistito negli ultimi anni abbiano condizionato le loro ricerche: « in looking to this history, we can find not icons of the ineluctable march of historical progress, but images of an unfulfilled promise of social justice and human dignity that are perhaps only today becoming decipherable in the world beyond this site of origins » (85).

Con il Direttorio e il Consolato la situazione apparentemente non si modificò di molto rispetto alla condizione giuridica dei neri delle colonie, ma, dietro argomentazioni egualitarie e repubblicane che ancora caratterizzavano il discorso pubblico direttoriale, si aprì una fase in cui gli interessi dei coloni tornarono a farsi valere e ad essere ascoltati dalla nuova *élite* post termidoriana, rappresentata

---

(82) A. Lauba, *La traite de noirs sous Louis XVIII. Retour sur un Monarque tiraillé entre abolitionnistes et esclavagistes (1814-1824)*, in *Les Cahiers poitivins d'Histoire du droit*, sous la direction d'E. Gojosso, IV, Paris, Lgdj, 2012, p. 154.

(83) « L'Illuminismo radicale è costituito da un insieme di principî di base che possono sinteticamente essere riassunti nei termini: democrazia, eguaglianza razziale e sessuale; libertà individuale nello stile di vita; piena libertà di pensiero, di espressione e di stampa; sradicamento dell'autorità religiosa dal processo legislativo e dall'istruzione e piena separazione tra chiesa e stato », J. Israel, *Una rivoluzione della mente. L'Illuminismo radicale e le origini intellettuali della democrazia moderna*, Torino, Einaudi, 2011, p. VII.

(84) Per esempio Nesbitt, *Universal Emancipation*, cit., p. 6.

(85) *Ibidem*.

emblematicamente da François-Antoine Boissy d'Anglas (86). Il mantenimento del decreto del 16 piovoso fu interpretato come una vittoria militare contro l'Inghilterra piuttosto che come una conquista di civiltà giuridica. Napoleone stesso in un primo momento non volle modificare la situazione ma presto prevalsero considerazioni economiche e strategiche e una politica opportunista e pragmatica (87) che lo avrebbero condotto a ristabilire un regime d'eccezione per i possedimenti d'oltremare (che secondo la Costituzione del 1799 sarebbero stati retti da leggi speciali) e a reintrodurre la schiavitù il 30 floreale anno X (20 maggio 1802) — *Loi relative à la traite des noirs et au régime des colonies* — condizionato anche dai proprietari terrieri di Saint-Domingue (88).

I codici non furono introdotti nei possedimenti d'oltremare, eccetto quello civile che, dopo essere stato sottoposto a giuristi locali, fu promulgato nelle Antille con un *arrêté* del 16 brumaio anno XIV (7 novembre 1805) (89). Esso, a dispetto di una retorica e di una ideologia egualitaria (90), prevedeva l'istituzione di due categorie di

---

(86) Cfr. C. LE BOZEC, *Le républicanisme du possible: les opportunistes (Boissy d'Anglas, Lanjuinais, Durand-Maillane...)*, in « Annales Historique de la Révolution Française », (1995), n. 299, pp. 67-74; *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, sous la direction de G. CONAC, J.-P. MACHELON, Paris, Puf, 1999; J.-P. CLÉMENT, *Aux sources du libéralisme français. Boissy d'Anglas, Daunou, Lanjuinais*, Paris, Lgdj, 2000.

(87) « Bonaparte ne se souciait pas de "principes", qu'ils fussent racistes ou philantropiques. C'est un opportuniste qui voit dans la paix avec l'Angleterre l'occasion de restaurer l'empire colonial; c'est un pragmatique dont les seuls objectifs sont de servir la puissance et à la gloire du régime », BOUDON, *L'esclavage*, cit., p. 28.

(88) Una recente ricostruzione degli eventi che ridimensiona l'influenza dei proprietari terrieri per la reintroduzione della schiavitù a Saint-Domingue è offerta da P.R. GIRARD, *Napoléon Bonaparte and the Emancipation Issue in Saint-Domingue, 1799-1803*, in « French Historical Studies », XXXII (2009), n. 4, pp. 587-618.

Non pienamente condivisibili invece appaiono le considerazioni secondo le quali « les raisons qui ont milité pour l'abolition en 1794 et celles qui l'ont emporté en 1802 pour son rétablissement sont largement identiques: c'est l'intérêt bien compris de la métropole, d'un point de vue tant économique que militaire et stratégique, qui a conduit à l'abolition sous la Révolution et au rétablissement sous le Consulat », BOUDON, *L'esclavage*, cit., p. 3.

(89) *Code de la Martinique*, IV, p. 646.

(90) Sulla concezione punitiva dell'eguaglianza rispetto agli schiavi e alle donne si è soffermato con acume G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso*

cittadini, distinti su base razziale (91). Secondo l'articolo 2 il *Code Napoléon*:

> est adopté dans les colonies comme l'étaient les lois auxquelles il est substitué, avec les distinctions qui constituent essentiellement le régime colonial. En conséquence, sont maintenues toutes les lois qui ont réglé la condition des esclaves, l'état d'affranchi et de leurs descendants, et la ligne de démarcation qui a toujours existé entre la classe blanche et les deux autres, ainsi que les lois faites en conséquence de cette distinction.

Il testo si applicava ai bianchi e ai liberi di colore, ma i secondi erano fortemente discriminati, mentre la condizione degli schiavi continuava a basarsi sul diritto antecedente la rivoluzione, in particolare sul *Code noir*. Gli altri codici sarebbero stati applicati nelle colonie con le riforme realizzate durante gli ultimi anni della Restaurazione e i primi della Monarchia di luglio. La rivolta di Saint-Domingue tuttavia continuò fino all'indipendenza della parte francese dell'isola nel 1804, quando assunse il nome precolombiano di Haiti.

4. *La Restaurazione e il "nuovo" ordine giuridico coloniale.*

Dopo il Congresso di Vienna, le potenze europee decisero formalmente di abolire la tratta (l'Inghilterra aveva già emanato una legge nel 1807 che dichiarava illegale il commercio di esseri umani), tuttavia essa continuò senza incontrare grandi ostacoli per tutta la

---

femminile nella cultura giuridica moderna, Milano, Giuffrè, 1999, p. 187 e ss.; ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 29 e ss.; ID., *Qui delinquit amat poenam. Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), I, pp. 421-494.

(91) Cfr. J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 184 e ss.; G. MANCERON, *Marianne et les colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, Découverte, 2003, p. 69; G.-G. MARION, *Le Code civil en Martinique: de l'influence du climat*, in *Du Code noir au Code civil. Jalons pour l'histoire du droit en Guadeloupe*, sous la direction de J.-F. NIORT, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 245-264; J. RICHARD, *Le statut juridique de l'esclave aux Antilles sous l'empire du Code civil (1805-1848): d'un effort de « civilisation » à la réticence du parti colonial*, ivi, pp. 107-140; P. DELPIANO, *La schiavitù in età moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 43.

metà del XIX secolo (92). Proprio gli anni Venti e Trenta dell'Ottocento coincisero con uno dei massimi sviluppi di questa pratica in forma clandestina che si accompagnò all'affermazione in Inghilterra e in Francia di un agguerrito movimento abolizionista che trovò la sua espressione più compiuta nella *Society for the Mitigation and Gradual Abolition of Slavery Throughout the British Dominions* fondata nel 1823 e nella *British and Foreign Anti-Slavery Society* istituita a Londra nel 1839. A quest'ultima società si ispirò la *Société française pour l'abolition de l'esclavage*, creata nel 1834 e composta da giuristi, politici e intellettuali francesi quali Victor de Broglie, Odilon Barrot, Alexis de Tocqueville, François-André Isambert, Hippolyte Passy, Alphonse de Lamartine, Charles de Rémusat, La Rochefoucauld-Liancourt (93). La storiografia più attenta ha distinto diverse anime del movimento abolizionista francese: una moderata, i cui principali rappresentanti erano Tocqueville, Odilon Barrot e de Broglie, una più radicale il cui principale interprete era Victor Schœlcher e un'ultima conservatrice simboleggiata da François Guizot (94).

La situazione politico-giuridica della Francia del XIX secolo — basata su garanzie giurisdizionali, amministrazione pubblica, separazione dei poteri e codificazione — trovava forti limiti e contraddizioni non solo nelle numerose eccezioni che questi principi incontravano nella loro applicazione nei territori metropolitani ma, in maniera paradigmatica, in quelli d'oltremare. L'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e l'esercizio dei diritti di cittadinanza risultavano fortemente ridimensionati in quanto l'ordine giuridico coloniale manteneva la distinzione in *status* tipica dell'Europa d'*Ancien régime* ed escludeva una parte della popolazione dal godimento dei diritti civili e politici. L'affermazione dei principi dello Stato di diritto che, seppure tra molte limitazioni, stava avvenendo in Euro-

(92) Per il caso francese si veda LAUBA, *La traite de noirs sous Louis XVIII*, cit., pp. 153-173.

(93) Cfr. P. MOTYLEWSKI, *La Société française pour l'abolition de l'esclavage (1834-1850)*, Préface de M. DORIGNY, Paris, L'Harmattan, 1998.

(94) S. DRESCHER, *Dilemmas of Democracy: Tocqueville and Modernization*, Pittsburgh (PA), University of Pittsburgh Press, 1968, pp. 161-162; ma anche ID., *Abolition*, cit.

pa, non trovò il suo corrispettivo nelle colonie. Qui, secondo la dottrina contemporanea maggioritaria, vigeva uno stato d'eccezione (95), ovvero un laboratorio politico e giuridico, uno « spazio proteiforme » (per utilizzare la nota espressione di Franz Fanon) (96), dove si sperimentavano forme ibride di diritto e di arbitrio, di garanzie e di dominio "puro", di tutele giurisdizionali e di esercizio della forza sulla nuda vita, per utilizzare il suggestivo vocabolario agambeniano (97).

Il diritto coloniale proietta — come è stato osservato — la sua luce « obliqua » su quello metropolitano: « lo Stato di diritto è l'espressione di una modernità che vige solo nello spazio europeo, mentre lo spazio extra-europeo è ancora immerso in una diversa, e arcaica, temporalità » (98). Emergeva dunque chiaramente la contraddizione tra la teoria dei diritti universali e la pratica delle discriminazioni: il diritto coloniale si dimostrava sistematicamente sottratto ai principi validi in Europa (99).

In questa fase della storia francese — nel passaggio dall'*Ancien régime* al sistema codicistico — nelle colonie persistevano regolamentazioni speciali, giurisdizioni d'eccezione, dispositivi amministrativi di repressione (come l'espulsione degli individui neri "peri-

---

(95) Di stato d'eccezione permanente ha parlato O. Le Cour Grandmaison, *De l'indigénat. Anatomie d'un « monstre juridique »: le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, Découverte, 2010, p. 9 e ss.; si veda anche Id., *La Troisième République, les juristes et l'esclavage domestique*, in « Droits », 52 (2010), pp. 75-95; sugli Stati coloniali considerati come Stati d'eccezione, si veda anche, da una prospettiva antropologica, M. Mellino, *Introduzione* a Césaire, *Discorso sul colonialismo*, cit., p. 32 e ss. Anche per le colonie italiane si può parlare di eccezionalità del sistema coloniale rispetto alla madrepatria e, come è stato sostenuto con un'efficace espressione, « la specialità del reggimento coloniale legittima ipotesi ordinamentali premoderne e la distanza tra assolutismo e stato di diritto, che nella vicenda metropolitana si misura in anni, nei rapporti tra madrepatria e colonie si misura in chilometri », Bascherini, *« Ex oblivione malum »*, cit., p. 257.

(96) F. Fanon, *Les damnés de la terre*, Préface de J.-P. Sartre, Paris, Maspero, 1961.

(97) Si veda G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995; Id., *Stato d'eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

(98) P. Costa, *Pagina introduttiva* a *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », cit., p. 4.

(99) O. Le Cour Grandmaison, *L'exception et la règle: sur le droit colonial français*, in « Diogène », 4 (2005), n. 212, pp. 42-64.

colosi") e numerose forme di giustizia privata per gli schiavi e i liberi di colore. Permaneva nei territori d'oltremare un pluralismo giurisdizionale e normativo basato su una pluralità di tribunali e di fonti del diritto — leggi metropolitane, regolamenti coloniali, sentenze della madrepatria e locali, decisioni del governatore e degli organi amministrativi — e non esisteva la distinzione tra giurisdizione e amministrazione, in quanto l'uomo posto al vertice della colonia era investito di funzioni giudiziarie che conservò per tutto il periodo coloniale. Affidare poteri straordinari, politici, militari e giurisdizionali, al rappresentante del potere esecutivo sarebbe rimasta una costante nel diritto coloniale francese, e i poteri del governatore si sarebbero andati accrescendo durante la dominazione in Algeria e in Indocina, al punto da poter considerare gli ordinamenti coloniali una sorta di monarchia assoluta (100). Il sistema giuridico nei territori d'oltremare, non solo francesi, si caratterizzava essenzialmente per essere un "regime dei decreti" (101). La *Charte* del 1814 infatti affidava la questione coloniale all'esecutivo (art. 73: « Les colonies sont régies par des lois et des règlements particuliers »).

Con le riforme degli anni Venti dell'Ottocento le Antille francesi videro l'introduzione di alcuni elementi tipici dell'ordinamento metropolitano come il controllo della Corte di cassazione sulle giurisdizioni locali, obbligate, dal 1819, a motivare le loro decisioni (102). Le principali ordinanze miranti alla riorganizzazione del governo e dell'amministrazione della giustizia nelle colonie francesi furono quelle del 9 febbraio 1827 (103) e del 24 settembre

---

(100) « Exercée par un homme jouissant de prérogatives immenses, cette monarchie *sui generis* est jugée nécessaire pour s'imposer face à une "race" autochtone qui continue de se livrer à la piraterie, aux pillages et aux vols », LE COUR GRANDMAISON, *De l'indigénat*, cit., p. 9.

(101) Si veda l'analisi di P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, « Quaderni fiorentini », cit., pp. 169-257.

(102) F. CHARLIN, *La condition juridique de l'esclave sous la Monarchie de juillet*, in « Droits », 52 (2010), pp. 45-73.

(103) *Ordonnance du Roi concernant le gouvernement de l'île de la Martinique et celui de la Guadeloupe et de ses dépendences*, in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État de 1788 à 1824*, Paris, 1830, XXVII, pp. 11-33.

1828 (104), le quali introdussero elementi di garanzia nel governo coloniale, vietarono la reintroduzione di tribunali straordinari o giurisdizioni marziali, cercando di limitare la "giustizia dei coloni" — la « justice blanche » secondo l'espressione di Schœlcher (105) — e di rendere i magistrati competenti e indipendenti dai piantatori, ridimensionando il potere dei giudici locali.

La storiografia, fino a pochi anni fa, ha considerato il periodo della Restaurazione e della Monarchia di luglio come una fase propedeutica all'abolizione formale della schiavitù e all'applicazione delle norme che vietavano la tratta. Tuttavia dallo studio delle fonti archivistiche, della legislazione e dei progetti di legge appare un quadro costituzionale più sfumato che ci permette di offrire una diversa prospettiva interpretativa che vede questo periodo come un incunabolo del diritto coloniale più maturo che si sarebbe affermato, grazie anche al contributo della scienza giuridica (in particolare quella del diritto internazionale, fortemente intrecciata con il colonialismo) nella seconda metà dell'Ottocento (106).

Nel 1829, per esempio, il ministero della marina chiese esplicitamente al governo della Martinica la redazione di un codice penale per gli schiavi, definito proprio un *nouveau Code noir* (107). Questo ed altri progetti confermano quanto è stato dimostrato dalla più recente e avvertita storiografia secondo la quale il periodo che va dal 1830 al 1848 non fu, come è stato sostenuto comunemente, una fase preparatoria all'abolizione, ma un momento in cui, con il coinvolgimento del ministero della marina e delle colonie, si auspicava una revisione e applicazione del *Code noir* del 1685 (108).

Durante la Monarchia di luglio continuò l'ambivalente rappor-

---

(104) *Ordonnance du Roi concernant l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice à l'île de la Martinique et à l'île de la Guadeloupe et ses dépandences*, in DUVERGIER, *Collection complète des Lois*, cit., XXVIII, p. 375.

(105) V. SCHŒLCHER, *Des colonies françaises. Abolition immédiate de l'esclavage*, Paris, Pagnerre, 1842.

(106) Si veda ampiamente L. NUZZO, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.

(107) *Demande d'un projet de Code pénal pour les esclaves*, 4 agosto 1829, in *Archives départementales de la Martinique*, Série M, 1M 18160, *Dépêches ministérielles*.

(108) N. SCHMIDT, *La France a-t-elle aboli l'esclavage? Guadeloupe, Martinique, Guyane (1830-1935)*, Paris, Perrin, 2009, p. 15 e ss.

to tra le istanze moderatamente riformiste della metropoli e il conservatorismo locale, soprattutto dei tribunali ancora espressione dell'*élite* creola. Negli anni Trenta del XIX secolo tuttavia si fecero ulteriori passi verso l'equiparazione nei diritti tra bianchi e neri: soppressione delle condanne alla mutilazione degli schiavi, limitazione delle pene arbitrarie e speciali, accettazione da parte dei giudici delle pratiche di affrancamento, iscrizione sugli stessi registri della popolazione bianca e di quella libera di colore, possibilità del ricorso in Cassazione degli schiavi. Come è stato sostenuto recentemente, in assenza dei limiti e delle garanzie previse dalla Dichiarazione dei diritti e dalla Costituzione, « l'État n'est pas tenu de généraliser l'attribution de la personnalité juridique, ce qui explique qu'elle soit octroyée par petites touches à l'esclave, à travers l'état civil, le patronage, le droit de propriété et le rachat de liberté » (109).

Il periodo della Restaurazione e della Monarchia di luglio inoltre fu caratterizzato da un lato dalle critiche sempre più accentuate degli abolizionisti francesi ed europei, dall'altro dall'inasprirsi delle rivolte e delle resistenze organizzate dagli schiavi e dagli affrancati per l'abolizione della schiavitù. Questa avvenne definitivamente (e formalmente) per le grandi potenze coloniali nel corso dell'Ottocento: in Inghilterra con una legge del 1833, entrata pienamente in vigore nel 1838, in Francia nel 1848 con un decreto del governo rivoluzionario, voluto da Schœlcher (110), negli Stati Uniti nel 1865 a conclusione della guerra civile. La Spagna e il Portogallo (paesi dove non si era sviluppato un consistente movimento abolizionista) furono gli ultimi Stati europei a dichiarare illegale la

(109) CHARLIN, *La condition juridique de l'esclave*, cit., p. 67.

(110) Tra i numerosi lavori si vedano i più importanti: F. VERGÈS, *Une citoyenneté paradoxale, affranchis, colonisés et citoyens des Vieilles Colonies*, in *L'Abolition de l'esclavage*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1998, pp. 17-44; EAD., *Abolir l'esclavage: une utopie coloniale. Les ambiguités d'une politique humanitaire*, Paris, Albin Michel, 2001; *Périssent les colonies plutôt qu'un principe! Contributions à l'histoire de l'abolition de l'esclavage (1789-1804)*, sous la direction de F. GAUTHIER, Paris, Société des études robespierristes, 2002; N. SCHMIDT, *L'abolition de l'esclavage. Cinq siècles de combats (XVI^{e}-XX^{e} siècle)*, Paris, Fayard, 2005; EAD., *La France a-t-elle aboli l'esclavage? Guadeloupe, Martinique, Guyane (1830-1935)*, Paris, Perrin, 2009; VERGÈS, *L'homme prédateur*, cit., N. CHAIGNOT, *La servitude volontaire aujourd'hui. Esclavages et modernité*, Paris, Puf, 2012.

schiavitù, rispettivamente nel 1876 e nel 1878, mentre nel mondo latino americano Cuba la abolì nel 1880 e il Brasile nel 1888. Più controversa la questione in Africa e in Medio Oriente dove sopravvissero diverse forme di schiavitù, legate anche a consuetudini locali radicate, fin oltre la svolta del XX secolo (111).

Nel passaggio dalla schiavitù alla libertà in seguito alle formali abolizioni sono emerse contraddizioni e incongruenze. La transizione avvenne gradualmente e soprattutto in funzione delle esigenze delle potenze coloniali (prime fra tutte l'Impero britannico ma anche la Francia della Terza repubblica con la sua missione civilizzatrice), attente a coniugare spirito umanitario e interessi economici. Il sistema giuridico e politico basato sul lavoro degli schiavi entrò in crisi e si esaurì quando, oltre al ruolo svolto dalla campagna abolizionista e dalle rivolte degli schiavi, fu sostituito da una manodopera libera, ma "obbligata a lavorare": « La sorte dei nuovi liberi — scrive laconicamente Turi — è decisa e controllata dai 'liberatori' » (112). L'ombra della schiavitù si proietta sulla miseria operaia.

I soggetti-non-soggetti — per utilizzare l'espressione di Pietro Costa nel definire gli schiavi e più in generale gli esclusi dalla cittadinanza (113) — continuarono a subire sia discriminazioni giuridiche sia pregiudizi politico-sociali che li confinarono in quella condizione che negli stessi anni Victor Hugo definiva efficacemente di *damnés de la loi* (114).

---

(111) Si veda ampiamente Turi, *Schiavi in un mondo libero*, cit., p. 300 e ss.

(112) Ivi, p. 320.

(113) P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 77.

(114) Espressione, presente in un racconto di Hugo, del 1834, dal titolo *Claude Gueux*.

DAVID GARLAND

WHAT DOES IT MEAN TO WRITE A « HISTORY OF THE PRESENT »? FOUCAULT, GENEALOGY AND THE HISTORY OF CRIMINOLOGY (*)

1. Foucault, History of the Present, and Genealogy. — 2. Criminological Histories of the Present.

1. *Foucault, History of the Present, and Genealogy.*

Michel Foucault once remarked that he preferred to avoid the elaborate citation, acknowledgement and discussion of authors whose ideas had influenced his work (1). Instead of citing the works of Marx, Nietzsche, Kant, or Althusser, and discussing how their ideas corresponded to — or differed from — his own, he simply *used* the conceptual tools they provided, usually transforming them in the process. « For myself, I prefer to utilise the writers I like. The only valid tribute to a thought such as Nietzsche's is precisely to use it, to deform it, to make it groan and protest. » (Foucault 1980: 54).

Some may view this practice as mildly scandalous in its deviation from the norms of scholarly citation and attribution. But we might also regard it as expressive of Foucault's thoroughly *pragmatic* attitude to the use of concepts: an approach that led him to regard

---

(*) This is the text of a lecture I presented at the University of Ferrara on May 16th 2013, as part of a colloquium on legal history and criminology. I am grateful to my host, Professor Michele Pifferi, and to the other participants at the colloquium.

(1) « I often quote concepts, texts and phrases from Marx but without feeling obliged to add the authenticating label of a footnote with a laudatory phrase to accompany the quotation » and later, in the same interview: « I prefer to remain silent about Nietzsche » (Foucault 1980: 52 and 53).

'theory' as a toolbox of potentially useful instruments, rather than an end in itself, and that prompted him to develop new concepts for each new project on which he embarked and each new kind of phenomena he sought to explain (2).

In my own practice, I have taken a similar attitude towards Foucault and his concepts, aiming to put these ideas to use rather than hold them up for inspection. When my first book, *Punishment and Welfare* (Garland 1985) was published, the great Stanley Cohen, in an otherwise very positive review, noted his surprise that my book did not contain a more extensive treatment of Foucault's ideas. After all, he observed, my book's analysis could not have been written had it not been for Foucault's prior work (Cohen 1986). Partly in response to Cohen's remarks, my second book, *Punishment and Modern Society* (Garland 1990) discussed Foucault's analyses at great length. But the central point I made in that discussion was that Foucault's project — which, at that stage in his work, was to develop a genealogy of disciplinary power and the techniques and knowledges on which it depended — was quite different from my own project, which was to establish a multidimensional sociology of punishment. If my use of Foucault's ideas transformed them in the process, this was of no concern: the point was to use them productively, not to preserve them in theoretical amber.

Since then, I have returned to my former habit of using Foucault without discussing him very much. So, for example, in my work on the history of criminology (Garland 1994; 1997) and in my books *The Culture of Control* (Garland 2001) and *Peculiar Institution* (Garland 2010), I adopted Foucault's conception of a 'history of the present' but did so without discussing that idea extensively. Perhaps, though, that idea is not so very straightforward and deserves a little more discussion than I have previously provided. So I will devote this lecture to explaining what it means to write a

---

(2) For example, his conceptualization of 'power' constantly evolves as his object of study shifts from the disciplinary prison, to modern sexuality, to practices of government. See Foucault (2001). Whenever he sought to explain, and thus in a sense, to 'fix' his concepts — as in *The Archeology of Knowledge* (Foucault 1969) — that exposition soon became obsolete as new studies prompted him to rework even his basic ideas.

'history of the present' and how I have attempted to do so in several of my own works. In the process, I will point to one or two unremarked aspects of Foucault's genealogical method and will suggest some criticisms of his 'critical history' of criminology and criminal justice.

The idea of a 'history of the present' sounds paradoxical at first, and vaguely provocative. To historians unfamiliar with Foucault's work, the phrase will suggest a form of 'presentism': a kind of historical writing that approaches the past using the concepts and concerns of the present. And of course such an approach entails, for historians, a fundamental error of method — the mortal sin of anachronism. My guess is that Foucault intended to provoke. He once introduced himself to an audience saying, « I am not a professional historian: nobody is perfect » (Megill 1987: 117). And he certainly intended to distinguish the kind of historical project in which he was engaged from the standard histories written by most historians (3). So let me explain what is meant by this rather strange and counter-intuitive idea (4).

The phrase 'history of the present', and the conception to which it points, first appear towards the end of the opening chapter of *Discipline and Punish* (Foucault 1977). Foucault remarks that he came to appreciate that the modern prison ought to be viewed as an aspect of « the political technology of the body » not by studying penal history but by observing the many prisoner revolts that were occurring in the contemporary period — revolts that were, he says, « at the level of the body, against the very body of the prison » (Foucault 1977: 30) (5). What was at issue in these revolts, he says, was not whether prisons were too harsh or too primitive. What was

---

(3) Perhaps unsurprisingly, Foucault's work presents significant difficulties for many historians: see Megill (1987) and Goldstein (1994). One notable exception is Foucault's colleague at the College de France, the historian Paul Veyne, who provides an extended and positive discussion of Foucault's historical method. See Veyne (2010).

(4) For other analyses, see Roth (1981) and Poster (1987/8). See also *History of the Present: A Journal of Critical History* http://www.historyofthepresent.org/

(5) In the early 1970s, Foucault was active in the Groupe Information sur les Prisons (GIP) and he has attributed some of the insights of *Discipline and Punish* to this experience. However, most of the themes developed in that book are already present, to

at stake was the prison's « materiality as an instrument and vector of power » (Foucault 1977: 30).

This realization prompted him to write a history of the modern prison, with all its political investments of the body, and to write it with a particular purpose in mind. His aim was to reveal something important — but hidden — in our contemporary experience, something about our relation to technologies of power-knowledge that was more clearly visible in the prison setting than elsewhere but which was nonetheless a constitutive aspect of modern individuals and their experience. He saw the prison as an embodiment of a disciplinary rationality, a 'panopticism' that he had come to see as constitutive of contemporary, 'disciplinary' societies such as his own. Why write a history of the prison? he asks. « Why? Simply because I am interested in the past? No, if one means by that writing a history of the past in terms of the present. Yes, if one means writing the history of the present » (Foucault 1977: 31).

Foucault does not elaborate further on the meaning of this term, either in *Discipline and Punish* or elsewhere. But we can infer from that book's analyses some of what a 'history of the present' involves and how it differs from standard historical writing. We can also infer something of the term's meaning from an explicit shift in Foucault's scholarly self-understanding (and self-description) that he made around the same time: namely, the shift from 'archeology' to 'genealogy'.

In the series of books that preceded *Discipline and Punish* Foucault described his work as a kind of 'archeology', and he uses that term in several book titles as well as in a methodological study describing his research in the history of systems of thought. Thus we have *The Birth of the Clinic: An Archeology of Medical Perception* (1973); *The Order of Things: An Archeology of the Human Sciences* (1970) and *The Archeology of Knowledge* (1972). "Archeology" was his term for a method of historical research and analysis that he had developed: one that digs down into the past, uncovering the discursive traces of distinct historical periods like so many layers or strata,

---

a degree, in earlier works such as *Madness and Civilization* and *Birth of the Clinic* (Foucault 1967, 1973).

each one characterized by a different order (or structure) of discourse.

So, for example, *The Order of Things* argues that the forms of knowledge characteristic of the Renaissance, the Classical period, and the Modern period, were each structurally distinct, entailing different 'epistemes' and different systems of discourse: the first organized around 'resemblance', the second based on 'representation', and the third based on the figure of 'man' as both knowing subject and known object. The discourses on life, language, and labour that developed over time, and which eventually gave rise to modern biology, linguistics and economics, were shown to have more in common *with each other* within each of the different epistemological eras than they each had with the discourses on the same topic that succeeded or preceded them. In each historical era, a powerful 'episteme' or generalized structure of thought, imposes its patterning onto discourses of that period, and does so in ways that are more powerful than the topic or subject matter — life, language, labour — that links each of these distinct discourses over time. The task of the archeologist, as Foucault demonstrates, is not to trace out processes of change but instead to distinguish these historical systems of thought and trace the differential logic of each of their structures. An historical excavation of specific discourses from each of these periods thus appears like so many archeological strata, each layered atop the other, each one displaying its own distinct pattern or structure.

In this archeological phase of his work, Foucault's analyses take up the themes of a French tradition in the history of science — the history of the concept — as developed by Gaston Bachelard, Georges Canguilheim, and Louis Althusser, with its characteristic emphasis on structurally distinct 'problematics' (conceived as structured systems of thought), 'epistemological breaks' (conceived as radical discontinuities between systems of thought) and styles of reasoning. Superficially, his ideas also resemble those of Thomas Kuhn, whose famous analyses of paradigm shifts in the history of science also stress discontinuity and structural difference. But where Kuhn focuses on scientific exemplars and the shared understandings of communities of scientists, Foucault's analyses focus on more basic forms of reasoning and fundamental structures of thought.

Discipline and Punish represents a break with that earlier work and the history of science tradition from which it emerged. Out goes 'archeology' with its structuralist overtones and in its place is established a new, more Nietzschean conception: that of *genealogy* (6). From the mid-1970s onwards, Foucault styled his work as a form of genealogy, a new 'genealogy of morals', thereby signaling his debt to the work of Friedriche Nietzsche. And it is within this genealogical approach that we can best appreciate what Foucault means when he talks of writing a 'history of the present' related to contemporary struggles and contestations.

'Genealogy' was, for Foucault, a method of writing critical history: a way of using historical materials to bring about a 'revaluing of values' in the present period (7). Genealogical analysis traces how contemporary practices or institutions emerged out of specific historic struggles, conflicts, and exercises of power, most of which are nowadays forgotten. It thereby enables the genealogist to suggest — not by means of normative argument but instead by an historical recovery of troublesome associations and lineages — that institutions and practices we value and take for granted today are actually more problematic, or more 'dangerous' than they nowadays appeat.

The point of genealogy is not a search for 'origins'. Both Foucault and Nietzsche are well aware of the gap that separates the original uses and meanings of a phenomenon and the later senses and purposes that it acquires (8). Genealogy's aim, instead, is to trace the struggles, displacements and processes of re-purposing out of which contemporary practices or knowledges emerged, and to show the historical conditions upon which present-day practices depend

---

(6) Foucault's inaugural lecture at the College de France had heralded that switch (Foucault 1971). See also Foucault (1984).

(7) See Dean (1994).

(8) « There is no set of maxims more important for an historian than this: that the actual causes of a thing's origin and its eventual uses, the manner of its incorporation into a system of purposes, are worlds apart; that everything that exists, no matter what its origin, is periodically reinterpreted by those in power in terms of fresh intentions... » (Nietzsche 1956: 208). See also Foucault (1969).

for their existence (9). By reconnecting a contemporary practice with the historical struggles and exercises of power that stamped their marks upon its character, the genealogist prompts us to think more critically about its value and their meaning.

It is within this genealogical method that a 'history of the present' operates. A history of the present begins by identifying a present-day practice that is both taken for granted and yet, in certain respects, problematic or somehow unintelligible — the reformative prison in the 1970s, for example, or the American death penalty today — and tracing the power struggles that produced them (10). It is motivated not by a historical concern to understand the past but by a critical concern to understand the present. It aims to trace the forces that gave birth to our present-day practices and to identify the historical conditions upon which they still depend. Its point is not to think historically about the past but rather to use historical materials to rethink the present.

We can illustrate this 'history of the present' approach — and its difference from standard historiography — by means of two examples drawn from Foucault's *Discipline and Punish*: (i) Foucault's treatment of Jeremy Bentham's Panopticon; and (ii) the place he accords to 'the disciplines' in his genealogy of the modern prison.

Jeremy Bentham's design for a 'Panopticon' prison — an annular inspection house with open, back-lit cells arranged in a circular perimeter around a central watch-tower — is given a fundamental significance in Foucault's account. Foucault treats the Panopticon as the model, the programmatic blue-print, not just for late 19th century penitentiaries but for the modern prison as such

---

(9) Foucault's notion of a 'surface of emergence' describes the set of historical conditions out of which specific practices emerge. So, for example, modern penitentiaries formed the surface of emergence for the science of criminology. And the teaching clinic was the surface of emergence that made modern positive medicine possible.

(10) Ian Hacking (1990) deploys a similar method of historical analysis in order to make sense of philosophical concepts that, in our contemporary discussions, appear opaque or unintelligible. His assumption — which owes as much to Wittgenstein as to Foucault — is that many of our philosophical conundrums are the result of historical shifts in meaning and context: only by tracing their genealogical development can we make sense of these contemporary puzzles. See also Skinner (2010) on the concept of the state and the confusion produced by the historic struggles that surrounded its development.

and indeed for modern 'panoptic' society more generally. Responding to Foucault's discussion, historians have set out a series of objections. As a matter of historical fact, they point out, Bentham's projected prison was never built because the British government regarded it as impractical and overly-expensive. They insist that Bentham nearly bankrupted himself in his efforts to realize his scheme, that his radical design was rarely copied by prison builders elsewhere, and that, in general, Foucault gives too much importance to what his 18th century contemporaries regarded as an eccentric project that ended in failure (11).

But these criticisms — however valid in their own terms — miss the point. Foucault's aim is not the standard historian's aim of establishing the place of the Bentham's project in its late 18th century social and intellectual context, or of reconstructing the significance the project had for Bentham's contemporaries. His intention, instead, is to demonstrate the role that the Panopticon has played in shaping our present. And in that context, the principles of observation and individuation, visibility and discipline, power and knowledge contained in Bentham's design, and exemplified by it, provide a powerfully illuminating model for understanding how power operates in modern 'disciplinary' society.

A second illustration of the 'history of the present' can be seen in Foucault's tracing of the historical causes that gave rise to the modern prison. Conventional prison histories have always assumed that the origins of the late 18th century penitentiary movement can be traced to the penological ideas of Enlightenment-influenced reformers such as Beccaria, Mably, Le Peletier, and Servan, or else to the influence of earlier custodial institutions such as the Dutch Rasphuis, the English Bridewell, and the Vatican prison. But Foucault's reading of the historical sources disrupts this standard account and calls it into question. First, he demonstrates that the reform proposals of the *Ideologues* were not, by and large, aimed at building prisons and penitentiaries. Indeed, he shows that, to the contrary, most of the reformers regarded imprisonment with great suspicion, preferring non-custodial sanctions such as public works

(11) For an interesting discussion, see Smith (2008).

and fines, or else 'analogous' penalties designed to educate onlookers by mirroring the crime. That imprisonment rapidly became the penal sanction of choice in the reformed penal codes of western nations in the early 19th century is an event that cannot therefore be explained by reference to the power of Enlightenment ideas. How can it be explained? Here Foucault directs our attention away from ideas and intellectual arguments towards the domain of practices, techniques, and modes of power-knowledge. In sharp contrast to conventional historical accounts that point to the 'penological' origins of the prison, Foucault connects the modern prison's emergence to the influence of *techniques of discipline* that had been developed in a variety of non-penal settings such as barracks, schoolrooms, monasteries and manufactories.

The modern prison, he argues, was from the start a *disciplinary* institution, condensing within its enclosed space all of the disciplinary practices of individuation, surveillance, examination, training, correction and normalization. Its genealogy connects it not with Enlightenment ideas or with progressive conceptions of law and justice but instead with the exercise of power and knowledge over bodies in space and a set of disciplinary practices that amounted to a 'political anatomy of the body'. The effect of this displacement is to produce a shift in our understanding of the contemporary institution. Instead of a humane, reformatory institution that exemplifies enlightened modernity and marks a progressive advance over the more violent punishments of the *ancien regime*, Foucault's genealogy suggests a set of disciplinary practices, normalizing knowledges, and capillary powers that do not so much 'punish less' as 'punish better'. The reader of Foucault's 'history of the present' is presented with a very different impression of the prison — one that is more critical, more aware of the power relations that it contains, and more attuned to the dangers that these entail.

What this genealogy makes possible, in short, is a revaluing of the value of imprisonment as a social practice. And one might even claim for this account a measure of practical success, since the years immediately following the publication of Foucault's book saw a

widespread discrediting of the reformatory prison and the whole project of correctional penology (12).

2. *Criminological Histories of the Present.*

One of the most important aspects of scholarly practice is the identification and specification of productive research questions. And though this point is rarely noted, much of the critical efficacy of Foucault genealogies is attributable to his specification of the problem to be explained. The opening sections of his books — which are among his most remarkable and memorable passages — are often devoted to this task of identifying the problem. Sometimes, he established the phenomenon to be explained by means of a striking historical juxtaposition which shows how modern conceptions differ from those of previous eras (Foucault 1963; 1969; 1977). At other times, he begins with the conventional historical account and shows it to be fallacious (Foucault 1979).

We have already seen how, in the research that produced *Discipline and Punish*, Foucault began with a critical analysis of the modern, correctional prison that viewed it not as a progressive achievement but as a machine for disciplining bodies and normalizing souls. Another good example is the problem posed at the start of his *History of Sexuality* project concerning the norms of sexuality that emerged in the 1960s and 1970s. For most commentators, this new cultural regime of more open sexual expression was a liberating break with Victorian repressiveness, an opening up of human possibilities, and a vital route to individual authenticity. After centuries of censorship, silencing and repression, men and women were now encouraged — by psychological experts and cultural authorities — to acknowledge their sexual desires, however 'deviant', and to embrace their sexual identity, whether homosexual or heterosexual. And on the conventional view, this new sexual regime was a mark of progress and liberation: a freeing of individual desire from repressive power, a reconciliation of sex and truth.

---

(12) See Garland (2001). The story of the movement against correctional penology is, however, rather more complex, and Foucault's critique was only one among many.

Foucault's view of things is quite different. Instead of regarding these developments as liberating, he regards them as the problematic products of new forms of power. These new normalizing powers impose upon us the demand that we put sex into discourse; that we confess; that we regard our sexual preferences as somehow constitutive of our individual truth; that we pursue our sexual identity in the service of personal authenticity. Instead of a liberation, he sees the new sexuality as a kind of trap, a sexual fix, and he embarks on his historical research to explain how this strange regime came into existence. But if the *History of Sexuality* works brilliantly as a critical history of the present, and I believe it does, it is in large measure because of his initial analysis of the contemporary phenomenon.

Although this point is rarely made, it seems clear that the critical history produced by Foucault's genealogies have their point of departure in some specifically critical observations about the present. These studies begin with a certain puzzlement or discomfiture about practices or institutions that others take for granted. For that reason, a history of the present always involves a critical distancing from, and a historicization of the present, prompted by a sense of things being problematic or even, from a certain viewpoint, unintelligible. Without this initial, critical moment, the genealogical project in Foucault's sense or Nietzsche's, cannot proceed.

In my own research I have sought to follow Foucault's lead and identify problematic or puzzling aspects of contemporary life and subject them to a genealogical investigation. The research that produced *Punishment and Welfare* began with my puzzlement about emerging challenges to the 'rehabilitative' principles and practices that had dominated penal policy for most of the 20th century. My starting point for *The Culture of Control* was the observation that most of the U.S. and U.K. criminal justice developments of the late 20th century were at odds with hitherto established logic of modern penal systems. And the motivating question for my book, *Peculiar Institution*, was how to make sense of a practice, American capital punishment, that seemed quite unintelligible if viewed in terms of the usual aims of crime control and criminal justice.

In each of these studies, my investigations led me to interpret these penal practices not as events in a historical sequence of purely 'penological' developments but instead to situate them within struggles over social policy, struggles over the welfare state, and struggles over the control and character of state power more generally. So, for example, my history of America's capital punishment complex traces a series of genealogical links that connect today's state-administered death penalty to certain modes of local justice that previously gave rise to southern lynchings (13). The critical effect of this history of the present is thus to displace the usual 'sovereign state' conception of the death penalty and re-situate the American practice within a more radically localist and populist conception that raises questions about American democracy as well as about its death penalty.

Interestingly, my genealogical research prompted me to reject Foucault's depiction of capital punishment as an exercise of sovereign power (Foucault 1977) since this conception fits poorly with the structure of power or the practice of punishment in the United States. In its place, I substituted a conception rooted in the traditions of 'popular justice' and collective violence. Thinking contemporary capital punishment through the prism of lynchings turned out to be quite revealing. It points to currents and characteristics that are, occluded but nonetheless present today: not just the racial or the political aspects of capital punishment — which are quite visible — but also the raw violence of popular justice; the limits of the state's powers at the local level; the execution as entertainment; and the vicarious enjoyment of the death of demonized others — all of which are rather more covertly present, but present nevertheless.

In much the same way, my research on the history of criminology (Garland 1992; 1994) was enabled by Foucault's concepts and his conceptions — above all, by his observation that the disciplinary prison formed the historical surface of emergence for a 'science' of the individual delinquent and by his argument that this criminological knowledge spiraled back in the individuated

(13) On southern lynchings and their significance, see Garland (2005).

processes of control and confinement that characterize modern criminal justice. But my inquiries also led me to question Foucault's characterization of criminology in various ways, and I came especially to doubt his insistence that criminology is little more than a garrulous, utilitarian servant of disciplinary power (Foucault 1977; 1980). Against this account, I offered a more complex characterization that described how criminological knowledge had come to be grounded in academic institutions as well as penological ones (Garland 1992) and that recognized criminology's capacity to criticize the use of governmental power as well as to extend or facilitate it.

My research also discovered that, in Britain at least, the judiciary, lawyers, and the legal establishment generally were more resistant to the influence of criminological science than Foucault indicated in *Discipline and Punish* (Garland 1985). And that whatever influence positive criminology exerted over the legal processes of trial, sentencing and punishment in the early 1970s when Foucault was writing were largely reversed in the decades that followed (Garland 2001).

But these disagreements concern Foucault's substantive findings rather than the genealogical method that produced them. As others have pointed out, Foucault's analyses of criminology and criminal justice were too reliant on the singularity of the French experience and too lacking in comparative understanding. (So whereas criminology in France was chiefly a medico-legal discipline, elsewhere it developed in a more sociological vein). Similarly, he often wrote about law and legal processes — including his celebrated critique of 'juridico-discursive conceptions of power' (Foucault 1979) — in ways that were somewhat tendentious and simplistic. For instance, only a non-lawyer could assume, as he did, that legal rules typically take the form of commands issued by a sovereign to a subject backed up by punishment (14). For all his brilliance and erudition as a philosopher and a historian, Foucault did not possess a legal training and sometimes it showed. « He was

(14) See Hart (1961) for the standard jurisprudential account of legal rules and their varied character.

not a trained lawyer: nobody is perfect ». But none of this detracts from the power of the genealogical method he provided us with, or from the continuing importance of writing histories of the present.

References

COHEN, S. (1986) *Review of Garland, Punishment and Welfare*, in « British Journal of Criminology » 26/4, pp. 409-11.

DEAN, M. (1994) *Critical and Effective Histories: Foucault's Methods and Historical Sociology*, London, Routledge.

FOUCAULT, M (1967) *Madness and Civilization,* London, Tavistock.

FOUCAULT, M. (1971) *L'ordre du discours,* Paris, Gallimard.

FOUCAULT, M. (1973) *Birth of the Clinic: An Archeology of Medical Perception*, London, Tavistock.

FOUCAULT, M. (1970) *The Order of Things: An Archeology of the Human Sciences*, London, Tavistock.

FOUCAULT, M. (1972) *The Archeology of Knowledge,* London, Tavistock.

FOUCAULT, M. (1980) *Power/Knowledge,* New York, Vintage.

FOUCAULT, M. (1984) *Nietzsche, Genealogy, History* in P. Rabinow (ed.) *The Foucault Reader,* New York, Pantheon.

FOUCAULT, M. (2001) *Power: The Essential Works of Michel Foucault*, New York, New Press.

GARLAND, D. (1992) *Criminological Knowledge and its Relation to Power: Foucault's Genealogy and Criminology Today,* in « The British Journal of Criminology » 32/4, pp. 403-422.

GARLAND, D. (1994) *Of Crimes and Criminals: The Development of Criminology in Britain,* in M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner (eds), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, Clarendon Press, pp. 17-68.

GARLAND, D. (1997) *Governmentality are the Problem of Crime*, in « Theoretical Criminology » 1/2, pp. 173-214.

GARLAND, D. (2005) *Penal Excess and Surplus Meaning*, in « Law & Society Review » 39, pp. 793-834.

GARLAND, D. (1985) *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies,* Aldershot, Gower.

GARLAND, D. (2001) *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society,* Oxford, Oxford University Press.

GARLAND, D. (2010) *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition,* Cambridge, MA, Harvard University Press.

GOLDSTEIN, J. (ed) (1994) *Foucault and the Writing of History,* Oxford, Blackwell.

HACKING, I. (1990) *The Taming of Chance,* New York, Cambridge University Press.

HART, H.L.A. (1961) *The Concept of Law,* Oxford, Oxford University Press.

MEGILL, A. (1987) *The Reception of Foucault By Historians*, in « Journal of the History of Ideas » 48/1, pp. 117-41.

NIETZSCHE, F. (1956) *The Birth of Tragedy and the Genealogy of Morals,* New York, Doubleday.

POSTER, M. (1987/88) *Foucault, the Present and History*, in « Cultural Critique » 8, pp. 105-121.

ROTH, M. (1981) *Foucault's 'History of the Present'*, in « History and Theory » 20/1, pp. 32-46.
SKINNER, Q. (2010) *The Sovereign State: A Genealogy*, in H. Kelmo and Q. Skinner (eds) *Sovereignty in Fragments,* New York, Cambridge University Press, pp. 26-46.
VEYNE, P. (2010) *Foucault: His Thought, His Character,* Cambridge, Polity.

EMILIO SANTORO

LA POVERTÀ NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE. UNA GENEALOGIA DELL'ARTE DI IGNORARE I POVERI

1. Povertà e mercato: la povertà come problema individuale. — 2. Stato e popolazione: la povertà come problema politico. — 3. Dal lavoratore attore politico al consumatore (di servizi sociali). — 4. Il mercato come gioco a somma zero: l'affermarsi della democrazia escludente. — 5. Per una nuova politicizzazione della povertà.

Per delineare il campo delle possibili politiche adatte ad affrontare il problema della povertà, mi sembra indispensabile chiedersi come una tale questione è stata affrontata nel corso della modernità. Considero questa ricerca ineludibile perché penso che siamo giunti ad un punto morto, un punto in cui il problema della povertà non può trovare soluzione, se prima non ci liberiamo dalle nostre certezze sul modo di affrontarla. Mi sembra, in altre parole, che ci troviamo in un momento storico in cui, per riflettere utilmente sulla povertà, e cercare strategie per ridurla, si devono trovare modi di concettualizzarla diversi da quelli che stiamo usando. Lo sguardo diacronico serve proprio a problematizzare, a far apparire come storicamente determinati e non "naturali", i modi in cui pensiamo alla povertà e cerchiamo di affrontarla.

Oggi sembra che le uniche soluzioni per affrontare questo problema siano quelle dettate dai meccanismi del mercato. Questi meccanismi sono la cornice entro la quale i governi pensano che debbano essere iscritte le loro politiche, e gli individui le loro rivendicazioni: tanto le politiche quanto le rivendicazioni sono strutturate dall'ideologia della globalizzazione. Solo una concezione *naif* secondo la quale le rivendicazioni esprimono i bisogni reali, può far pensare che si debba partire dai "bisogni" per delineare strategie capaci di risolvere il problema della povertà. Se invece si ritiene che

sia i bisogni che le conseguenti rivendicazioni sono condizionati dal contesto, dalle condizioni di asseribilità esistenti, allora si capisce che senza un nuovo modo di pensare ciò che sta succedendo, rimarremo intrappolati nell'idea che solo il mercato può risolvere i problemi della povertà, anche se la storia degli ultimi due secoli sembra indicare il contrario.

Già queste poche righe introduttive evidenziano che il mio approccio è *lato sensu* foucaultiano. Intendo evidenziare, partendo da una ricostruzione genealogica, le debolezze e le tensioni che si annidano all'interno delle condizioni di asseribilità che delimitano il discorso (e le politiche) sulla povertà. Oltre che per l'approccio genealogico, mi rifarò al lavoro di Michel Foucault per le sue analisi, molto controverse, sulla "governamentalità". Con questa nozione Foucault delinea una nuova modalità di governo, che emerge in Germania con la *Polizeiwissenschaft* in un contesto pre-industriale e pre-capitalistico, attraverso numerose metamorfosi innerva l'affermazione dello Stato nazionale, in primo luogo in Francia ed in Inghilterra, e poi trova la sua ultima manifestazione nel *Welfarestate*. È del tutto evidente che questa tesi è semplicistica. Attraversando tanti contesti storicamente diversi, ogni manifestazione della governamentalità andrebbe analizzata e discussa nei suoi aspetti e nei loro determinanti. Questa è un'impresa fuori dalla mia portata, non tanto per le dimensioni del forma letteraria 'articolo', quanto per le mie competenze, che non sono quelle dello storico. Pur consapevole delle forzature che l'analisi foucaultiana comporta, la ritengo di fondamentale valore euristico per il problema che mi sta a cuore analizzare: la trasformazione a cui sono andate incontro le politiche sulla povertà a partire dagli ultimi due decenni del secolo scorso. La tesi di Foucault mi serve per evidenziare come le politiche odierne sui poveri abbiano una matrice completamente diversa da quella della "governamentalità". Chiarito che la ricostruzione storica non è l'obbiettivo di questo saggio, mi auguro che le semplificazioni e le forzature dell'analisi storica, che, data l'estrema sintesi, sono molto più brutali di quelle che la letteratura ha imputato a Foucault, le cui tesi espresse in numerosi testi sono spesso difformi e molto articolate, risultino perdonabili alla luce della prospettiva che la contrapposizione che delineo spero apra per la comprensione delle politiche odierne sulla povertà.

1. *Povertà e mercato: la povertà come problema individuale.*

Come ha sottolineato in un famoso articolo John Kenneth Galbraith "l'art d'ignorer les pauvres" (1) è un'arte antica. Fin dai tempi degli antichi greci sono state sviluppate strategie retoriche che hanno cercato di giustificare la sproporzione della distribuzione della ricchezza sociale, che hanno mirato a neutralizzare il disturbo che ha sempre creato vedere in una società i poveri convivere con i ricchi. Come l'analisi di Galbraith mostra queste strategie retoriche, con le prime teorie liberali, fanno un salto di qualità: la povertà cessa di essere un elemento patologico la cui presenza va neutralizzata, e diventa un elemento positivo: lo stimolo indispensabile alla crescita economica. Si passa in altre parole da una retorica che cercava di convincere ad ignorare il problema della povertà ad una retorica che esalta il suo ruolo positivo, la sua indispensabilità.

Se alla fine dell'Ottocento Émile Durkheim (2) suscitò grande scalpore affermando la normalità del crimine, anzi il suo essere funzionale alla coesione sociale, Adam Smith, duecento anni prima aveva sostenuto, suscitando analogo scalpore (3), che la povertà era funzionale allo sviluppo della crescita economica e quindi del benessere.

Secondo l'impostazione di Smith, da cui derivano le idee malthusiane, la povertà, lungi dall'essere un problema, dando vita al desiderio di uscire dallo stato di bisogno e, più in generale, di arricchirsi, è il motore indispensabile di un mercato che finirà per rendere tutti più ricchi. Più esattamente il mercato renderà i ricchi più ricchi e i poveri meno poveri, soddisfacendo nel medio termine, se non proprio i desideri, almeno i bisogni essenziali di tutti. È famoso il passo di *An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, che può essere considerato il manifesto di questa impostazione:

---

(1) *Le Monde Diplomatique*, octobre 2005.

(2) É. Durkheim, *Le regole del metodo sociologico*, Milano, Comunità, 1979 (tr. it. di *Les regles de la méthode sociologique*, Paris, Alcan, 1895), pp. 72-9.

(3) Cfr. A.O. Hirschman, *Le passioni e gli interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo*, Milano, Feltrinelli, 1993 (tr. it. di *The Passions and the Interests. Political Arguments for Capitalism before its Triumph*, Princeton, Princeton University Press, 1977).

> Non è certo dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro pranzo, ma dal fatto che essi hanno cura del proprio interesse. Noi non ci rivolgiamo alla loro umanità, ma al loro egoismo e con loro non parliamo mai delle nostre necessità, ma dei loro vantaggi (4).

È grazie al fatto che « la maggior parte degli uomini si propone e desidera di migliorare la propria condizione » (5), attraverso l'aumento del proprio patrimonio che cresce il benessere generale. L'utilità generale è garantita dall'avidità dei ricchi e dal desiderio dei poveri di uscire dalla loro condizione. Questa è la tesi, ancor oggi molto diffusa, dell'intrinseca funzionalità e moralità del *modus operandi* della società mercantile: il benessere materiale dell'"intera società" progredisce quando a ciascuno è concesso di perseguire il proprio interesse personale. Il modo migliore per favorire la ricchezza generale è quello di lasciare ogni membro della società libero di perseguire il proprio interesse materiale. In questo contesto la povertà è la base fondamentale della possibilità di migliorare le condizioni della società nel suo insieme e dei suoi singoli membri. La povertà è lo stimolo che spinge le persone a rimboccarsi le maniche per creare prodotti da vendere sul mercato, rendendo così tutti più ricchi e con maggiori beni a propria disposizione.

Agli inizi dell'Ottocento le tesi di Smith trovano le condizioni ideali per la loro affermazione. Da un lato, esse sono perfettamente compatibili con l'idea portante dell'organizzazione politica liberale per cui lo Stato deve garantire ad ogni individuo l'effettiva possibilità di realizzare, entro limiti che siano i più ampi possibili, i propri valori e i propri interessi. Dall'altro, esse si inseriscono in un contesto sociale ed economico che consente di presentare il coinvolgimento dei poveri nel processo produttivo come la via maestra per migliorare le loro condizioni. Al limite si tratta di un coinvolgimento forzoso: si tratta cioè di provvedere un supplemento di coazione, là dove la povertà stessa non è sufficiente a costringere i poveri a disciplinarsi e a trasformarsi in operai delle fabbriche e delle manifatture. Sulle ali dell'entusiasmo provocato dalla rivoluzione industriale sembrava infatti che l'unico limite al progressivo arric-

---

(4) A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Roma, Newton Compton, 1995 (tr. it. di *An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, 1776), p. 74.

(5) Ivi, p. 312.

chimento dell'intera popolazione fosse la mancanza di mano d'opera, dovuta all'incapacità degli individui espulsi dalle campagne di trasformarsi in operai. Questa era l'idea che caratterizzava le tesi di Jeremy Bentham nella discussione sulla *poor law* in Inghilterra e che egli aveva posto a fondamento del *Panopticon* (6).

In questo quadro la povertà non era un problema politico e neppure un problema sociale, ma era essenzialmente un problema individuale: chi era povero lo era perché non sapeva sfruttare le occasioni che il mercato gli offriva o perché non lavorava abbastanza. Le politiche ottocentesche sulla povertà risentirono fortemente dell'impostazione che per comodità e brevità si può chiamare "smithiana". Esse mirarono ad aiutare solo i poveri che accettavano le condizioni salariali e lavorative offerte dal mercato, e all'epoca tali condizioni non erano certo generose dato che si trattava di turni lavorativi di dieci ore al giorno per sei giorni alla settimana. Mentre venivano esclusi da qualsiasi forma di sussidio i cosiddetti *undeserving poors*, i poveri dichiarati non meritevoli perché rifiutavano di assoggettarsi alle condizioni imposte. I poveri meritevoli di aiuto erano soltanto quelli che temporaneamente (per infortuni, maternità, eccetera) o definitivamente (soprattutto per invalidità o vecchiaia) non potevano stare sul mercato del lavoro. Nessun aiuto meritavano tutti gli altri, anzi venivano puniti, perché il loro rifiuto di assoggettarsi alle condizioni del mercato del lavoro, e quindi di essere produttivi, si configurava come un danno alla possibilità di arricchimento dell'intera comunità.

In realtà chi manifesta le prime perplessità circa questa impostazione è lo stesso Adam Smith che mette in evidenza come la logica del mercato, se combatte la povertà, distrugge la socialità. Nel primo libro di *Wealth of Nations* Smith esalta la divisione del lavoro sostenendo che essa, « nella misura in cui può essere introdotta, determina in ogni mestiere un aumento proporzionale delle capacità produttive del lavoro » (7). Le sue tesi sembrano analoghe a quelle sostenute da Bentham vent'anni più tardi nel *Panopticon.* Parlando

---

(6) J. Bentham, *Panopticon. Ovvero la casa d'ispezione*, Padova, Marsilio, 1983; Id. *Observations on the Poor Bill*, 1797; Id., *Principles of the Civil Code*, cap. IV (Bowring Ed., vol. I).

(7) Smith, *Ricchezza*, cit., p. 68.

delle "diciassette operazioni" in cui era suddivisa la produzione delle mollette, Bentham sosteneva che la divisione del lavoro consentiva di rendere produttivi, e quindi sottrarre alla povertà anche "le braccia inutili", cioè coloro che non erano dotati di alcuna capacità lavorativa. Smith, invece che delle diciassette operazioni necessarie per produrre le mollette, parla delle « circa diciotto distinte operazioni che, in alcune manifatture, sono tutte compiute da mani diverse », in cui è divisa « l'importante attività di fabbricare uno spillo (8) ». Si tratti di mollette o di spilli, la reazione di Bentham e di Smith è la medesima: l'ammirazione attonita di fronte gli effetti della divisione del lavoro.

Dunque per Smith, come per Bentham, la divisione del lavoro consente a qualsiasi individuo, anche carente di abilità tecnica, di essere altamente produttivo. Questo ragionamento porta Smith a sostenere che la divisione del lavoro, anche se viene imposta agli uomini, corrisponde ai loro interessi. La divisione del lavoro ha il pregio di essere non solo il mezzo attraverso il quale il benessere viene creato, ma anche il mezzo attraverso il quale il benessere si estende fino agli strati più bassi della popolazione (9). In ultima istanza è grazie alla divisione del lavoro che i poveri possono essere inclusi nel mercato del lavoro e sottrarsi dalla povertà.

A questa tesi però Smith aggiunge una considerazione importante: se è vero che lo sviluppo della divisione del lavoro consente a molti di uscire dalla povertà, è anche vero che essa abbassa il livello morale e culturale delle persone. Con la divisione del lavoro infatti « l'occupazione della stragrande maggioranza di coloro che vivono di lavoro, cioè della gran massa del popolo, risulta limitata a poche semplicissime operazioni spesso una o due » (10). Avviene così che

> un uomo che spende tutta la sua vita compiendo poche semplici operazioni, i cui effetti oltretutto sono sempre gli stessi o quasi, non ha nessuna occasione di applicare la sua intelligenza o di esercitare la sua inventiva per scoprire nuovi espedienti e superare difficoltà che non incontra mai. Costui perde quindi naturalmente l'abitudine a questa applicazione e in genere

(8) Ivi, p. 67-8. Nelle *Lectures on Jurisprudence* (Report dated 1776, p. 329, Glasgow Edition, 539) Smith menziona anche l'ottantesima operazione necessaria per produrre un bottone.

(9) Cfr. F. JONAS, *Storia della sociologia*, Roma-Bari, Laterza, 1989, I, p. 112.

(10) SMITH, *Ricchezza*, cit., p. 637.

> diviene tanto stupido e ignorante quanto può esserlo una creatura umana (11).

Il lavoro industriale emerge quindi dall'analisi di Smith come una seria minaccia per la soggettività dei ceti popolari e quindi della stessa coesione sociale. Con la diffusione del lavoro industriale infatti "le persone comuni"

> hanno poco tempo libero per l'istruzione, [...] devono dedicarsi a un mestiere con il quale guadagnarsi la sussistenza. Inoltre, questo mestiere è in genere così semplice e uniforme da far esercitare ben poco l'intelligenza, mentre, al tempo stesso, la loro fatica è così costante e severa da lasciar loro poco tempo e ancor meno inclinazione per dedicarsi o anche per pensare a qualcos'altro (12).

Questa è la condizione in cui sono costretti a vivere « i poveri che lavorano, cioè la gran massa della popolazione » (13).

Queste tesi di Smith saranno riprese un secolo dopo da Alexis de Tocqueville. Egli sosterrà che l'affidare al mercato, e quindi alla divisione del lavoro, il compito di sottrarre gli individui alla povertà distrugge la coesione sociale e crea due società parallele: quella dei ricchi e quella di coloro che sono costretti ad auto-annichilirsi per non essere poveri. Può essere utile citare per intero la pagina di Tocqueville del secondo volume di *De la démocratie en Amérique*, dove riemerge la menzione smithiana della parcellizzazione del lavoro necessario per produrre uno spillo. Quasi due secoli dopo, sostituiti gli hamburger dei vari MacDonald alle teste di spillo, difficilmente si possono trovare parole più limpide per descrivere l'impatto distruttivo che il lavoro parcellizzato e soggettivamente privo di significato ha sulla coesione sociale:

> Quando un operaio si dedica unicamente e con continuità alla fabbricazione di un solo oggetto finisce con l'assolvere questo lavoro con destrezza singolare. Perde però nello stesso tempo la facoltà generale di applicare la mente alla direzione del lavoro. Diventa ogni giorno più abile ma meno capace e si può dire che in lui l'uomo si degrada nella stessa misura in cui l'operaio si perfeziona.
>
> Che cosa si può aspettare da un uomo che ha impiegato vent'anni della sua vita a fare teste di spillo? E a che cosa potrebbe applicarsi ormai,

(11) Ivi, p. 638.
(12) Ivi, pp. 639-40.
(13) Ivi, p. 638.

> in lui, la potente intelligenza umana che spesso ha smosso il mondo, se non a ricercare il mezzo migliore per fare teste di spillo?
>
> Quando un operaio ha consumato in questo modo una considerevole parte dell'esistenza, il suo pensiero non riesce più ad andare oltre l'oggetto quotidiano delle sue fatiche, il suo corpo ha contratto certe abitudini fisse, dalle quali non gli è più concesso scostarsi. Insomma, egli non appartiene più a sé stesso, ma appartiene al mestiere che ha scelto. Invano le leggi ed i costumi hanno tentato di spezzare intorno a quest'uomo tutte le barriere e di aprirgli mille strade diverse verso la fortuna. Una teoria industriale, più potente dei costumi e delle leggi, l'ha legato ad un mestiere e spesso ad un luogo che non può abbandonare, e gli ha assegnato nella società un certo posto, da cui non può uscire. In mezzo al movimento universale, l'ha reso immobile [...].
>
> Mentre l'operaio riduce sempre più la sua intelligenza allo studio di un solo particolare, il padrone fa spaziare ogni giorno di più il suo sguardo su un vasto insieme e il suo spirito si allarga nella stessa proporzione in cui quello dell'altro si restringe. Presto non sarà più necessaria all'operaio se non la forza fisica, senza l'intelligenza. Per riuscire il padrone ha invece bisogno della scienza e quasi della genialità. Uno assomiglia sempre più all'amministratore di un vasto impero e l'altro a un bruto.
>
> Il padrone e l'operaio non hanno dunque nulla di simile e differiscono ogni giorno di più. Stanno l'uno all'altro come i due anelli estremi di una lunga catena. Ciascuno occupa un posto che è fatto per lui e dal quale non può uscire. L'operaio è in dipendenza costante, stretta e necessaria dall'altro e sembra nato per obbedire tanto quanto il padrone per comandare (14).

Dunque sia Smith che Tocqueville si rendono conto che affidare al mercato l'uscita dei lavoratori dalla povertà significa produrre una società radicalmente divisa in due parti che a lungo andare diventano antropologicamente differenti. E significa soprattutto annichilire ogni possibilità di sviluppo della personalità dei poveri e renderli, di conseguenza, incapaci di adattarsi ai mutamenti della vita sociale e, quindi, condannarli a restare poveri.

2. *Stato e popolazione: la povertà come problema politico.*

La definizione della cittadinanza come uno status a cui ricondurre l'ascrizione di tre tipi di diritti — civili, politici e sociali — è tradizionalmente attribuita a Thomas H. Marshall. Il principale merito che viene riconosciuto a Marshall è di « aver segnalato che un cittadino *pleno jure* [...] è abilitato a godere di un pacchetto di diritti

---

(14) A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, in ID., *Scritti Politici*, vol. II, Torino, Utet, 1968 (tr. it. di *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840), pp. 649-50.

non solo civili e politici, ma anche sociali » (15). Subito dopo la seconda guerra mondiale il sociologo inglese cercò di ergersi a difensore dello Stato sociale appena istituito in Gran Bretagna dal governo laburista (16). Con questo obiettivo in mente, Marshall aveva disegnato un *narrative* "continuista", la cui credibilità storica appare oggi molto dubbia (17). Innestò, infatti, il postulato liberale, secondo cui tutti gli individui sono per natura liberi ed uguali e dotati degli stessi diritti per costruire la propria vita, sulla prospettiva storiografica *Whig* (18), dominante nell'Inghilterra del XIX secolo. Il risultato era stata una narrazione evoluzionistica dei diritti:

> la storia dei diritti civili nel loro periodo formativo è caratterizzata dal graduale aggiungersi di nuovi diritti ad uno *status* che esisteva già e che si riteneva appartenesse a tutti i membri adulti della comunità [...]. Questo *carattere democratico o universale* dello status scaturiva naturalmente dal fatto che esso era lo *status* della libertà [...]. I termini "libertà" e "cittadinanza" erano interscambiabili (19).

Secondo Marshall (20), garantendo che nessuna persona e nessun gruppo sia *giuridicamente* privilegiato, la cittadinanza fornisce « le basi ugualitarie su cui [...] edificare le strutture della diseguaglianza ». Il sociologo inglese è consapevole che la titolarità dei diritti civili e politici non garantisce l'uguaglianza sostanziale dei cittadini. È cosciente che i diritti civili sono funzionali alla logica del mercato che richiede soggetti « liberi ed uguali quanto a status, ma

---

(15) G. Zincone, *Due vie alla cittadinanza: il modello societario e il modello statalista*, in « Rivista italiana di scienza politica », 19 (1989), 2, p. 227.

(16) J.M. Barbalet, *Cittadinanza*, Padova, Liviana, 1992 (tr. it. di *Citizenship*, Milton Keynes, Open University Press, 1988), p. 102.

(17) L'elaborazione teorica di Marshall si ispira a quel 'Victorian optimism' che aveva caratterizzato le opere di H.S. Maine, T.B. Macaulay, G.M. Trevelyan, Eileen Power, R.H. Tawney, F.W. Maitland.

(18) Questa denominazione nasce da un celebre libro di Herbert Butterfield intitolato *The Whig Interpretation of History*, pubblicato nel 1931. Essa denota una visione della storia come scontro tra progresso e conservazione nel quale il primo è destinato necessariamente a vincere portando prosperità e libertà al genere umano. *Whig* deriva dal nome della fazione politica inglese che a partire dalla fine del XVII secolo si batté contro i *Tories* (conservatori) per il trasferimento dei poteri dal re al parlamento.

(19) T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, Utet, 1976 (tr. it. di *Citizenship and Social Class*, 1950), p. 15 (corsivo mio).

(20) Ivi, p. 29.

non necessariamente quanto a potere » (21). Sa bene infine che i diritti civili disegnano una società nella quale le differenze sociali, se non sono più determinate « e definite dalle leggi e dagli usi della società », « emergono dalla sinergia di una quantità di fattori connessi alle istituzioni della proprietà e dell'istruzione e alla struttura economica » (22). È però convinto che il riconoscimento dei diritti civili ha innescato un processo destinato a modificare i presupposti della considerazione sociale dei soggetti, che nella narrazione, che propone, è destinata a spostarsi progressivamente "dalla ricchezza economica (23) allo status personale" (24). Diffondendo la convinzione della sostanziale uguaglianza degli individui, la cittadinanza "parziale", non comprensiva cioè dei diritti sociali, prepara il terreno per il superamento anche di molte delle differenze derivanti dalle distinzioni di classe. Spinge verso una concezione dell'uguaglianza meno formale e cioè verso « una uguaglianza di dignità sociale e non verso la semplice uguaglianza di diritti naturali » (25).

È grazie al successo di questa nuova concezione — sostiene Marshall (26) — che all'inizio del secolo scorso è entrata in crisi la logica secondo la quale il riconoscimento dei diritti civili, conferendo ad ogni individuo « il potere di impegnarsi come unità indipendente nella lotta economica », rendeva assolutamente non problematico « negargli la protezione sociale sulla base dell'argomento che egli disponeva dei mezzi per proteggersi da solo ». L'esistenza di uno *status* comune aveva assunto il ruolo di « architetto della disegua-

---

(21) Ivi, p. 28.

(22) Ivi, p. 26.

(23) È il caso di ricordare che Kant, teorico per eccellenza della dignità umana, sostiene che lo *status* di cittadino, caratterizzato rousseauianamente dal diritto di voto, non è uno *status* spettante a tutti i membri di una determinata comunità. Il diritto di voto spetta a suo parere solo a chi « abbia una qualche proprietà [...] che gli procuri i mezzi di vivere »; solo a chi sia in grado di procurarsi i mezzi di sussistenza « mediante alienazione di ciò che è suo e non per concessione che egli faccia ad altri dell'uso delle sue forze » (I. KANT, *Sopra il detto comune: « questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica »*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1965, tr. it. di *Über den Gemeinspruch: Das Mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1793, pp. 260-1).

(24) MARSHALL, *Cittadinanza*, cit., p. 17.

(25) Ivi, p. 33.

(26) Ivi, p. 28.

glianza sociale legittima » (27). Si è imposta così l'esigenza « di adattare il reddito reale ai bisogni sociali e allo *status* del cittadino e non solamente al valore di mercato del suo lavoro » (28).

Molti autori hanno giustamente sottolineato che questa rappresentazione dell'affermazione dei diritti di cittadinanza tende a nascondere il ruolo che in questo processo hanno avuto il conflitto sociale, le lotte del movimento operaio e le rivendicazioni dei partiti di ispirazione socialista e marxista. Questa critica è sicuramente condivisibile. A mio parere essa però cela anche il fatto che, come ha sostenuto Foucault, un motore importante di questo processo è stata la volontà di potenza degli Stati. I diritti sociali nascono anche per rafforzare i sistemi capitalistici nazionali grazie ai quali gli Stati costruivano la loro potenza. Non a caso essi cominciano a prendere forma quando gli Stati si rendono conto che « non provvedere razionalmente alla salute pubblica significa ridurre la ricchezza collettiva, per la perdita di giornate di lavoro e per le spese di mantenimento di bambini che muoiono prima di arrivare all'età lavorativa, ed anche di mantenimento di persone rese invalide dall'intempestività o dall'insufficienza delle cure » (29). L'analisi di Foucault ha il merito, a mio parere, di mostrare come grazie alla logica della ragion di Stato nasce tra la fine del Seicento e il Settecento una particolare tecnica di governo, che lui definisce "governamentalità", che poi delimiterà il campo in cui si inseriranno le rivendicazioni del movimento operaio e soprattutto le risposte che esse otterranno.

Per fortuna dei poveri, nel corso del secolo XVIII quando le loro rivendicazioni sono sostenute per lo più da movimenti confusi e disordinati, alla logica del mercato e dell'ordine liberale si affianca la logica di potenza degli Stati. In questo periodo si afferma infatti, come ha evidenziato Foucault, un sapere, chiamato in Germania *Polizeiwissenschaft*, che riguardava

> la teoria e l'analisi 'di tutto ciò che tende ad affermare e ad aumentare la

(27) Ivi, p. 8.

(28) Ivi, p. 19.

(29) E. Rossi, *Sicurezza sociale*, in *Dizionario di economia*, a cura di C. Napoleoni, Milano, Comunità, 1956, pp. 1433-60, ora *Appendice III* in Id., *Abolire la miseria*, Roma-Bari, Laterza, 2002², p. 230.

> potenza dello Stato, a fare un buon uso delle sue forze e a procurare la felicità dei suoi sudditi' e, principalmente, 'il mantenimento dell'ordine e della disciplina, i regolamenti che tendono a rendere la vita comoda ai sudditi e a fornire le cose di cui hanno bisogno per vivere'.
>
> A questo sapere lo Stato affidava le sue possibilità "di determinare e di migliorare la sua posizione nel gioco delle rivalità e delle concorrenze tra gli Stati europei e di garantire l'ordine interno attraverso il 'benessere' degli individui" (30).
>
> L'interesse di uno Stato di polizia riguarda ciò che fanno gli uomini, la loro attività, la loro "occupazione". L'obiettivo della polizia [*police*] è il controllo e la presa in carico dell'attività degli uomini, in quanto tale attività può costituire un elemento differenziale nello sviluppo delle forze di uno Stato (31).
>
> La polizia, infatti, è l'insieme delle tecniche, degli interventi e dei mezzi che assicurano che il vivere, il fare di più che semplicemente vivere, cioè il coesistere, il comunicare, saranno realmente convertibili in forze di Stato, cioè saranno effettivamente utili alla costituzione e all'incremento delle forze dello Stato. Con la polizia quindi si disegna un cerchio che parte dallo Stato, come potere di intervento razionale e calcolato sugli individui, e che ritorna allo Stato come insieme di forze in crescita o da far crescere, passando per la vita degli individui, che ora, in quanto semplice vita, diventa preziosa per lo Stato (32).

In ultima analisi lo scopo della *Polizeiwissenschaft* era trasformare la popolazione, che allora veniva percepita come in gran parte composta da una massa disordinata, ingovernabile e sostanzialmente pericolosa di individui, in una risorsa per lo Stato. Suo oggetto erano « l'insieme dei meccanismi mediante i quali assicurare l'ordine, la crescita canalizzata delle ricchezze e le condizioni di mantenimento della salute in generale » (33). La scienza della polizia non era altro che « il calcolo e la tecnica che permettono di stabilire una relazione mobile — ma, ciò nonostante, stabile e controllabile — tra l'ordine

---

(30) M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, in ID., *I corsi al Collège de France. I Résumés*, Milano, Feltrinelli, 1999 (tr. it. di *Naissance de la biopolitique*, in « Annuaire du Collège de France », 79e année, « Histoire des systèmes de pensée », année 1978-1979, pp. 367-372, ora in M. FOUCAULT, *Résumé des cours*, Paris, Gallimard, 1994), p. 79.

(31) M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2005 (tr. it. di *Sécurité, Territoire, Population. Course au Collège de France 1977-1978*, Paris, Seuil-Gallimard, 2004), pp. 233-34.

(32) Ivi, p. 237.

(33) M. FOUCAULT, *La politica della salute nel XVIII secolo*, in *Archivio Foucault*, a cura di A. Dal Lago, vol. 2, Milano, Feltrinelli, 1998 (tr. it. di *La politique de la santé au XVII siècle*, in *Le Machines à guérir. Aux origines de l'hôpital moderne; dossiers et documents*, Paris, Institut de l'environnemment, 1976), p. 190.

interiore dello Stato e la crescita delle sue forze » (34). La popolazione si delinea allo stesso tempo come « il soggetto di bisogni e aspirazioni » e come la fonte della potenza dello Stato: assurge quindi a « fine ultimo del governo », ma anche, allo stesso tempo, ad « oggetto nelle mani del governo ».

Non è un caso che lo sviluppo di questa scienza fosse collegato all'affermarsi del sistema di Vestfalia. Quando, tramontato il sogno di ricostruire la Roma imperiale, si afferma una nuova percezione storica che rende irrealistico l'obiettivo dell'unificazione di tutte le sovranità nate dalla disgregazione dell'Impero, si fa strada la consapevolezza che i nuovi Stati devono lottare gli uni contro gli altri per assicurarsi la sopravvivenza. Quando il mondo si profila come uno spazio nel quale si dispiega la concorrenza tra Stati, il problema principale diventa quello delle tecniche razionali che permettono di sviluppare la forza dei singoli Stati. In questo contesto la popolazione emerge rapidamente come la principale risorsa su cui poggia l'influenza diplomatica di uno Stato. Si sviluppano quindi parallelamente due nuove tecniche di gestione del potere. Da un lato nasce « una tecnologia diplomatico-militare che mira ad assicurare e sviluppare le forze dello Stato con un sistema di alleanze e con l'organizzazione di un apparato militare ». I Trattati di Vestfalia, che mirano a cristallizzare un equilibrio europeo, sono il prodotto più importante di questa tecnologia politica. Dall'altro lato nasce la "polizia", « intesa nel senso che si dava allora a questo termine, e cioè l'insieme dei mezzi necessari per far crescere dall'interno le forze dello Stato ». Oggetto di queste due tecniche di potere è la coppia popolazione/ricchezza: dall'arricchimento mediante il commercio si attendeva la possibilità di accrescere la popolazione, la mano d'opera, la produzione, l'esportazione e quindi la possibilità di dotarsi di eserciti forti e numerosi (35).

Il legame tra popolazione e ricchezza è il centro dell'economia politica che nasce tra XVIII e XIX secolo proprio dalla percezione dei nessi di continuità e delle relazioni multiple tra la popolazione,

---

(34) A. Zanini, *Invarianza neoliberale. Foucault e l'economia politica*, in *Governare la vita. Un seminario sui Corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*, a cura di S. Chignola, Verona, Ombrecorte, 2006, p. 126.

(35) Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., pp. 76-7.

il territorio e la ricchezza, e si sviluppa mettendo a punto tecniche di governo capaci di aumentare la ricchezza degli Stati (36). Il nodo centrale che l'economia politica è chiamata ad affrontare è quello della preservazione, del mantenimento e della conservazione della "forza-lavoro". L'esigenza produttivistica porta a configurare le malattie dei poveri come problema specifico per l'interferenza che crea all'imperativo del lavoro e alle necessità della produzione: la nuova scienza del governo ambisce di conseguenza a pianificare la società intesa « come ambito di benessere fisico, di salute ottimale e di longevità ». Essa è caratterizzata, in primo luogo, per la comparsa « del benessere fisico della popolazione in generale come uno degli obbiettivi essenziali del potere politico » (37). « La medicina si è sviluppata alla fine del XVIII secolo per *ragioni* economiche », scrive Foucault, in quanto le si chiedeva di « fornire alla società individui forti, in grado di lavorare, di assicurare la conservazione della forza lavoro, la sua riproduzione e il suo miglioramento. Si è fatto ricorso alla medicina come a uno strumento di conservazione e di rinnovamento della forza lavoro per il funzionamento della società moderna » (38).

Come ha sottolineato Giovanna Procacci (39), l'igiene consente di inventare e giustificare le nuove regole di una convivenza ordinata e decifrabile: « regole per l'igiene pubblica nelle città, 'polizia delle abitazioni', regole di igiene nei luoghi di lavoro, igiene matrimoniale (di fama malthusiana) ». Indicative di quanto questo aspetto regolativo-igienistico fosse rilevante e di come il governo dovesse definire il quadro operativo dell'economia e non limitarsi ad assecondarla, sono le tesi sostenute nell'Inghilterra del XIX secolo dal movimento per la sanità pubblica, *Public Health Movement*, promosso dall'avvocato Edwin Chadwick (40). In un rapporto pubbli-

(36) Cfr. G. Procacci, *Social Economy and the Government of Poverty*, in *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, a cura di G. Burchell, C. Gordon, P. Miller, Chicago, The University of Chicago Press, 1991, p. 154.

(37) Foucault, *La politica della salute nel XVIII secolo*, cit., p. 190.

(38) M. Foucault, *Crisi della medicina o crisi dell'antimedicina?*, in *Archivio Foucault*, vol. 2, cit. (tr. it. di *Crísis de un modelo en la medicina?*, in « Revista centroamericana de Ciencias de la Salud », gennaio 1976, 3, pp. 197-209), p. 215.

(39) Procacci, *Social economy*, cit., p. 165.

(40) A. Parodi, *Storie della medicina*, Torino, Comunità, 2002, p. 199.

cato nel 1842, *Sanitary Conditions of the Labouring Population of Great Britain*, il Movimento per la salute mise in evidenza i nessi causali tra povertà e malattia e sostenne di aver provato "al di là di ogni ragionevole dubbio" che le malattie derivavano da condizioni ambientali precarie, dall'inquinamento delle acque potabili, dalla mancanza di drenaggio per l'apparato fognario e dal ritiro insufficiente e non tempestivo dei rifiuti dalle strade delle città (41). Responsabile di queste condizioni era ritenuto il crescente *laissez-faire* economico dell'era industriale che, secondo la logica di Chadwick e degli altri riformisti, equivaleva alla licenza di sfruttare i poveri, i lavoratori e in generale gli abitanti sempre più numerosi delle città.

A partire dall'inizio dell'Ottocento i paesi dell'Europa, soprattutto quelli dell'Europa dell'Ovest, hanno vissuto quasi due secoli caratterizzati dalla progressiva inclusione sociale e politica delle classi più povere. Sul piano politico quelle che nel Settecento erano considerate le classi pericolose diventano lentamente, attraverso l'estensione del suffragio, parte integrante del *demos* che esercita la sovranità politica. Sul piano sociale il benessere degli appartenenti a queste classi diventa un problema dello Stato, anzi il più rilevante problema dello Stato, che vede nel benessere e nella salute della sua popolazione la principale fonte della sua potenza economica e militare.

Il lento consolidamento della nuova tecnica di governo farà sì che, via via che il movimento operaio si organizzerà e articolerà le sue rivendicazioni, essa si presenterà come la tecnologia che consente di gestirle. Sotto la pressione dei nascenti movimenti sindacali e socialisti il riconoscimento del diritto all'igiene, in ultima istanza di un rudimentale e minimo diritto alla salute, si articolerà piano piano nel riconoscimento di una pluralità crescente di diritti sociali. Ad un movimento che rivendicava il diritto al lavoro e poi il diritto alla proprietà dei mezzi di produzione e metteva in discussione la legittimità dell'organizzazione degli Stati nazionali, si risponde cercando di articolare una pluralità di diritti ai mezzi di sussistenza, che

(41) G. Rosen, *A History of Public Health*, New York, MD Publications, 1958, p. xxvi.

da quella organizzazione traggono origine e fondamento (42). La tecnologia governamentale crea una serie di diritti, appunto i diritti sociali, che sono assoggettati ad una logica radicalmente diversa da quella liberale contrattualista che aveva presieduto alla nascita dei diritti civili e politici. La violazione di un diritto sociale perde il carattere, attribuitole dalla tradizione liberale, di un evento di estrema gravità a cui deve seguire l'uso della forza per la riparazione del torto, pena la rottura del contratto sociale: i diritti sociali diventano, come sostiene il giurista tedesco Jhering, la posta in gioco in un continuo processo di lotta collettiva. Mentre « il diritto civile di resistenza è soppresso, il diritto alla lotta sociale e alla rivendicazione è presentato come necessario e perfino obbligatorio » (43).

A partire dalla fine dell'Ottocento diventa chiaro che la capacità del mercato del lavoro di provvedere alla crescita del benessere economico è scarsa se non addirittura nulla. Lo Stato, preoccupato in ultima istanza di conservare la propria potenza, capisce che deve intervenire in modo molto più diretto per migliorare le condizioni di vita dei propri cittadini. La necessità di intervenire al fine di rinsaldare la presa in carico della popolazione e quindi la potenza degli Stati venne posta all'attenzione generale dalle difficoltà che nelle due Guerre Boere (1880-1881 e 1889-1902) i coloni Afrikaner crearono all'Inghilterra, che era la massima potenza coloniale dell'epoca. Non è un caso che proprio in Inghilterra alla fine del XIX secolo cominciarono ad emergere le prime strutture dello Stato sociale. Anche nella Germania bismarckiana il primo embrione di Stato sociale andò strutturandosi a fine Ottocento in modo funzionale all'esigenze della politica aggressiva della Prussia.

---

(42) Cfr. J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984, cap. 1. Si può sostenere che il conflitto tra il diritto alla sussistenza e quello alla proprietà è lo stesso 'conflitto fra principi opposti' che Marshall sostiene sia 'ragionevole' aspettarsi come « effetto della cittadinanza sulla classe sociale » (MARSHALL, *Cittadinanza*, cit., p. 24). Ciò che il sociologo inglese non vede è che i diritti sociali non rappresentano uno degli elementi di questo conflitto ma il principale strumento per la sua soluzione.

(43) C. GORDON, *Governmental Rationality: an Introduction*, in *The Foucault Effect*, cit., p. 33. Per una discussione più analitica di questo passaggio mi permetto di rinviare al mio *Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale*, in *Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Roma-Bari, Laterza, 1994.

È in questo contesto che trova le proprie origini il *Welfare state*. Nel corso del XX secolo questa forma di governo della popolazione sembrò capace sia di soddisfare le esigenze di potenza degli Stati, sia di "gestire" le rivendicazioni del movimento operaio. Dopo la *medizinische Polizei,* l'*hygiène publique* e la *social medicine*, il *Welfare state* è la tecnica di governo che, sotto l'incalzare dei movimenti di ispirazione socialista e marxista, gli Stati hanno messo a punto per prendersi cura della popolazione e quindi per aumentare la loro potenza economica e militare. L'apparato del *Welfare state* nasce dall'idea, ormai consolidata, che per amministrare la popolazione occorre ridurre la mortalità infantile, prevenire le epidemie, assicurare attrezzature mediche sufficienti, occuparsi delle condizioni di vita degli individui imponendo norme relative all'alimentazione, alla gestione dell'ambiente o all'organizzazione delle città. Lo Stato sociale si sviluppa grazie all'affermarsi della convinzione che, contrariamente a quanto era stato pensato per circa un secolo, il mercato del lavoro non è in grado di garantire in alcun modo tali obbiettivi.

Incalzati dalle rivendicazioni del sorgente movimento operaio e dall'esigenza di neutralizzarle, si capisce che per rinforzare la loro potenza gli Stati non potevano sempre adottare una strategia funzionale al mercato. In certi casi essi dovevano scegliere opzioni contrastanti con la sua logica: si inizia così a pensare che il mercato dovesse essere regolato per essere funzionale all'aumento del benessere collettivo e, di conseguenza, all'incremento della potenza statale. Uno dei passi essenziali che consentì di predisporre il terreno per l'affermazione delle politiche *welfariste* fu la capacità di modificare il modo di vedere il « diritto di contrarre ». Per la dottrina liberale questo diritto era un "diritto naturale" in quanto rientrava tra le libertà fondamentali degli individui. Queste, secondo il classico insegnamento di John Locke, ricomprendevano « le libertà personali, di parola, di pensiero e di religione, il diritto di possedere cose in proprietà e di stipulare contratti validi, e [...] il diritto di difendere e di affermare tutti i propri diritti in condizione di uguaglianza con gli altri e secondo un processo regolare ». Fu Max Weber a porre in evidenza per primo che la libertà contrattuale era qualitativamente sostanzialmente diversa dagli altri diritti ed era uno strumento attraverso il quale si stavano rapidamente erodendo alcune sfere

significative della libertà. L'analisi di Weber spinge a sostenere che l'appellativo di "terribile diritto", che Beccaria aveva assegnato alla proprietà, appare essere piuttosto appropriato per la libertà contrattuale:

> la crescente importanza della "libertà contrattuale", e specialmente dei princìpi di autorizzazione — per i quali tutto è rimesso alla "libera" stipulazione — comporta certamente una riduzione della sfera della coercizione minacciata da norme di comando e di proibizione. Ma questa diminuzione formale della coercizione giova evidentemente solo a chi è economicamente in grado di far uso di quelle autorizzazioni. Quanto essa accresca la misura totale di libertà nell'ambito di una data comunità giuridica dipende *in toto* dall'ordinamento economico concreto (44).

La libertà contrattuale, comunque venga giuridicamente configurata, sostiene Weber,

> lascia sempre la possibilità per il più potente sul mercato — [...] normalmente, l'imprenditore — di fissare a suo arbitrio [...] le condizioni e di offrirle al lavoratore in cerca di lavoro perché questo le accetti o le rifiuti; il che — data la normale maggiore urgenza economica del bisogno di lavoro per chi cerca lavoro — si traduce in un'imposizione unilaterale (45).

Al sociologo tedesco, che ha di fronte agli occhi le drammatiche condizioni dei lavoratori dell'inizio del Novecento, appare evidente che « il diritto formale di un lavoratore di concludere un contratto di qualsiasi contenuto con qualsiasi imprenditore non implica praticamente che il lavoratore in cerca di occupazione abbia la minima libertà di determinare le proprie condizioni di lavoro » (46). Un discorso analogo può essere fatto per qualsiasi scambio contrattuale concluso tra due parti dotate di un potere economico-sociale molto differente. La libertà contrattuale « applica in modo particolarmente conseguente il principio *coactus voluit*, in quanto si astiene da qualsiasi forma *autoritaria*. Spetta al "libero" arbitrio degli interessati [...] di assoggettarsi o no alle condizioni del soggetto

---

(44) M. WEBER, *Economia e società*, Torino, Comunità, 1999 (tr. it. di *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922), vol. III, p. 86.

(45) *Ibidem*.

(46) Weber (*Economia e società*, cit., vol. III, p. 85) aggiunge che « a ciò fa ostacolo anzitutto la differenziazione dell'effettiva distribuzione del possesso, garantita dal diritto ».

economicamente più forte in virtù del suo possesso garantito dal diritto » (47).

Merita di essere sottolineato che l'affermazione del *Welfare state* non comportò la delegittimazione del mercato, anzi, in un certo senso, ne rappresentò la sublimazione. Nell'ottica welfaristica il successo delle tecnologie di governo era misurato dalla capacità di produrre dei buoni cittadini, cioè dei cittadini che contribuivano con la loro opera alla potenza dello Stato. E tuttavia non si può tacere che il metro del successo di questa operazione è in ultima istanza il mercato. L'introduzione dell'economia all'interno della politica (48) sottrasse al mercato del lavoro il governo dei cittadini, che venne affidato alle politiche "igieniche". Ma il mercato assurse a giudice del successo o dell'insuccesso delle tecniche di governo nel loro complesso e nello stesso tempo si erse a criterio di convalida e legittimazione delle politiche intraprese allocando le ricchezze tra i diversi Stati. In questa situazione dunque la politica fissava il fine e il mezzo, mentre il mercato certificava l'adeguatezza del mezzo.

3. *Dal lavoratore attore politico al consumatore (di servizi sociali).*

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, la potenza militare degli Stati dell'Europa dell'ovest diviene progressivamente sempre meno importante (all'inizio con la parziale esclusione di Francia e Gran Bretagna), dato che la difesa collettiva dell'Europa occidentale era stata affidata alla NATO ed in ultima istanza agli Stati Uniti. Ma la concorrenza economica fra gli Stati (oltre naturalmente alle pressioni dei partiti socialisti e del movimento sindacale) li spinge a preoccuparsi ancora del benessere della loro popolazione. Lo sviluppo delle politiche welfariste trova il proprio apice negli anni settanta in cui si saldano keynesismo e fordismo.

Per oltre cento anni le due locomotive — "governo dell'igiene" e mercato — hanno corso su binari paralleli, favorendo lo sviluppo dello Stato. Nella prima fase l'economia sembrava aver bisogno

---

(47) Ivi, vol. III, p. 86.

(48) M. FOUCAULT, *La governamentalità*, in « Aut-Aut », 1978, 167-8 (tr. it. di *La 'gouvernamentalité'*, ora in ID., *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001, vol. II, pp. 635-657), p. 17.

soprattutto di mano d'opera disciplinata, per cui lo sviluppo del mercato e quello della disciplina sembravano, come nel disegno benthamiano, perfettamente simbiotici. La situazione non è cambiata, e governo dell'igiene e mercato hanno continuato a correre su binari paralleli, anche quando alle politiche welfariste si sono affiancate quelle fordiste e viene completamente capovolta l'idea settecentesca smithiana, secondo la quale la povertà è un elemento fondamentale di stimolo della crescita economica che attiva risorse umane. L'impostazione fordista sposta infatti il baricentro dal mercato del lavoro a quello dei beni e afferma che è la ricchezza, e non la povertà, a rappresentare lo stimolo fondamentale per la crescita economica, perché solo la ricchezza è in grado di produrre consumo e quindi di stimolare la domanda che attiva la produzione. L'impostazione settecentesca nelle versioni smithiana, benthamiana e malthusiana era legata all'idea che l'unico limite alla produzione fosse la mancanza di manodopera. Se ci fosse stata manodopera, la ricchezza avrebbe potuto aumentare in modo indefinito. La tesi fordista tiene conto invece delle esperienze di fine Ottocento e dei primi del Novecento relative alla crisi di sovrapproduzione, del fatto, cioè, che senza domanda la produzione non genera ricchezza. È ormai chiaro che il problema non è rappresentato tanto dalla scarsezza dei produttori, come pensavano Bentham e Smith, quanto da quella dei consumatori. E si individua nel pieno impiego e nella crescita progressiva dei salari dei lavoratori gli elementi per creare un mercato in continua espansione. Pur capovolgendo definitivamente la logica settecentesca il fordismo non rompe con l'idea che il mercato rappresenti il metro di legittimazione delle politiche.

L'aspetto più significativo delle politiche fordiste è però, a mio parere, rappresentato da un dato che spesso passa sotto silenzio: la loro diffusione spinge a poco a poco a prendere atto del fatto che il lavoro e il suo mercato non sono in grado di svolgere il ruolo di motore di integrazione della società. Alla base del fordismo sta la consapevolezza che per garantire la ricchezza non ci si deve occupare solo della produzione e dei produttori: la produzione presuppone la domanda e questa non è garantita spontaneamente dalla società, come si pensava nell'Ottocento, ma è essa stessa prodotto di politiche industriali, salariali e sociali. A partire da questa constatazione e dalle trasformazioni che essa mette in moto si fa largo la

convinzione che l'equazione lavoratore-cittadino non è più sufficiente a svolgere la funzione di architrave dell'ordine sociale: il pieno inserimento nel mercato del lavoro non appare più di per sé una base sufficiente per garantire la piena partecipazione alla vita sociale e politica della comunità.

I teorici del *Welfare state* molto probabilmente non si rendevano conto del venir meno della funzione integrativa del lavoro. Concependo i servizi sociali come elementi compensativi per chi non riusciva a stare sul mercato del lavoro, le politiche welfariste si erano limitate a tentare di creare una cintura di salvataggio capace di neutralizzarne gli effetti anomici più devastanti. Come dimostrano i primi articoli della Costituzione italiana, che parlano di « Repubblica democratica fondata sul lavoro » (art. 1) e di « effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese » (art. 3), è chiaro che, subito dopo la seconda guerra mondiale, la diade lavoratore-cittadino era ancora considerata la matrice dell'integrazione sociale. Con le politiche industriali, salariali e sociali avviate dal fordismo (49) invece si comincia a percepire chiaramente che, come avevano preconizzato Smith e Tocqueville, il fulcro dell'ordine sociale non può essere un soggetto che trova il senso della propria esistenza nel lavoro (casomai in una delle diciotto operazioni necessarie per produrre uno spillo). Al suo posto emerge un soggetto "consumista", un soggetto che la consapevolezza del carattere spesso alienante del lavoro spinge a cercare nel consumo il senso della vita. Questa compensazione delle "miserie" del lavoro è la promessa implicita delle politiche fordiste, basate su una piena occupazione garantita da salari sufficientemente alti, tali da consentire ai lavoratori dipendenti di essere consumatori di un certo rilievo sul mercato dei beni, anche voluttuari, e quindi capaci di garantire una notevole domanda di beni e di servizi.

Marshall, con la sua indubbia capacità analitica, aveva avvertito questo cambiamento. In *Reflections on Power*, un saggio di una ventina di anni successivo a *Citizenship and Social Class*, il sociologo inglese attenua la forzatura irenica della sua ricostruzione e sottoli-

(49) Le politiche fordiste non tematizzano certo la trasformazione del cittadino-lavoratore in cittadino-consumatore, ma creano la precondizione per questa tematizzazione.

nea la notevole discontinuità tra la logica soggiacente al conferimento dei diritti civili e politici e quella soggiacente al conferimento dei diritti sociali. Sostiene infatti che i diritti sociali appartengono "agli individui come consumatori, non come attori" (50). Marshall non sviluppa questa idea, limitandosi ad affermare che l'elemento essenziale della distinzione va rintracciato nel fatto che i diritti di consumo, a differenza di quelli civili e politici, non attribuiscono alcun potere ai loro titolari (51).

Questa affermazione può apparire apodittica e ambigua. Essa sicuramente rivela che Marshall non credeva più, come nell'immediato dopoguerra, che i diritti sociali avrebbero accresciuto la capacità dei poveri di strutturare l'ordine politico e sociale. Se la inseriamo nel quadro della più generale dicotomia che caratterizza il pensiero liberale, se si tiene presente cioè che al suo interno le figure dell'attore e del consumatore rimandano a due razionalità diverse, l'analisi del sociologo inglese appare addirittura illuminante.

Il "potere" al quale Marshall si riferisce è il potere di strutturare l'organizzazione politico-sociale. Secondo la concezione liberale classica i diritti civili e politici sono gli strumenti dei quali dispone un individuo (l'attore) il cui comportamento è strategicamente orientato all'organizzazione di un ambiente sociale e politico che gli consenta libere scelte. La connessione tra questi diritti e la razionalità attribuita agli individui è il cuore della teoria liberale. La sua preoccupazione fondativa è sostenere che i cittadini sono razionalmente o moralmente tenuti ad assumersi l'obbligazione politica se il governo garantisce loro la vita, la proprietà e la libertà (52).

La normatività del discorso liberale è rivolta dunque sia verso il "sovrano", il cui esercizio *legittimo* del potere viene sottoposto ai limiti tracciati dal rispetto dei diritti fondamentali, sia verso l'individuo, al quale viene imposto un modello di razionalità sostantiva.

---

(50) T.H. MARSHALL, *Reflections on Power*, in « Sociology », III, 1969, 2, p. 144.

(51) La denuncia più forte di questo dato è probabilmente rappresentata dal libro, una volta celeberrimo, di Herbert MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, Torino, Einaudi, 1967 (tr. it. di *One-Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Boston, Beacon, 1964).

(52) Il passaggio da « razionalmente » a « moralmente » per esprimere la natura dell'obbligazione politica è sancito definitivamente da Kant e corrisponde ad un inspessimento del modello antropologico.

Oltre alla funzione di legittimazione "verticale" dei processi istituzionali che ha per oggetto il rapporto tra governo e cittadini, l'ideologia contrattualista, matrice di tutto il pensiero liberale, svolge anche una funzione di legittimazione "orizzontale". Viene cioè legittimata anche una specifica identità degli individui, una specifica forma di razionalità e particolari pratiche attraverso le quali i soggetti danno significato al mondo e alle loro vite. Questo è il livello "orizzontale" della legittimazione che nella vita quotidiana fa apparire il mercato, le procedure democratiche, la sfera inviolabile dei diritti e gli altri elementi della teoria liberale non solo come non problematici ma anche come veri e propri valori.

In questo contesto teorico, sostenere, come fa Marshall, che l'individuo è un "attore" quando rivendica e utilizza i diritti civili e politici, significa dare per scontato che egli assume come punto di riferimento e come orizzonte di senso una trama ideale di diritti, che fissano le modalità con cui un soggetto può interferire con la sfera di libertà altrui. L'"attore" è infatti per definizione un soggetto capace di controllare le sue passioni e di capire che corrisponde al suo interesse "naturale" sottomettersi ad un'autorità politica che si impegni a tutelare i diritti di tutti i cittadini.

Il consumatore, definito in contrapposizione al titolare dei diritti civili e politici, è invece un soggetto "humeano": i suoi interessi non sono coordinati da principi razionali o da una morale trascendente, ma sono l'espressione di passioni provviste di una propria "esistenza originaria" (53). Niente esclude che gli interessi inducano il "consumatore" a ripudiare il contratto sociale e a violare i "diritti" degli altri (54). Quanto l'individuo-attore opera, come è

---

(53) D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, in Id., *Opere*, I, Bari, Laterza, 1971, p. 436 (*A Treatise of Human Nature*, 1739, lib. II, parte III, sez. 3).

(54) È celebre la polemica di Hume contro le teorie contrattualiste. Alla base di questa polemica sta, come è noto, una idea di razionalità diversa da quella giusnaturalista. Secondo il filosofo scozzese, « non è contrario alla ragione che io preferisca la distruzione del mondo intero piuttosto che graffiarmi un dito; né è contrario alla ragione che io scelga la mia completa rovina per risparmiare il più piccolo dolore a un indiano o a una persona che mi è del tutto sconosciuta. Allo stesso modo, non è per nulla contrario alla ragione preferire il bene che so essere più piccolo a quello più grande e provare un desiderio più ardente per il primo piuttosto che per il secondo » (Hume, *Trattato*, cit., p. 437).

tenuto a fare, sulla base di principi "razionali" poiché le conseguenze di ciò che fa ricadono nella sfera pubblica (concernono l'organizzazione dell'ambiente sociale e politico), l'individuo-consumatore è libero di agire sulla base dei propri impulsi. Le sue azioni riguardano infatti esclusivamente la sua sfera privata e si esplicano nello spazio del mercato, che funziona proprio grazie alle preferenze idiosincratiche e irrazionali dei soggetti.

L'affermazione dell'idea che i diritti sociali siano l'espressione del diritto ad "essere consumatori", a stare sul mercato, era facilitata dal fatto che essi in origine, come abbiamo visto, sostituivano il salario, che appunto consentiva ai lavoratori di stare sul mercato. I diritti sociali consentivano però l'accesso esclusivamente al mercato della sussistenza. In altre parole, si considerava un diritto fondamentale del cittadino accedere al mercato, questo diritto era però ricondotto alla sua capacità lavorativa. I diritti sociali svolgevano una funzione solo parzialmente compensativa, consentendo un accesso molto limitato al mercato, quando i cittadini erano privi di una capacità lavorativa che fornisse loro i mezzi per stare sul mercato.

L'idea di sostituire a poco a poco il cittadino-lavoratore (o forse meglio il lavoratore-cittadino) con il cittadino consumatore (o il consumatore-cittadino), da un lato non ha immediatamente un effetto culturalmente dirompente perché la capacità di essere consumatore è legata al salario e quindi al lavoro, dall'altro provoca in poco tempo l'esplosione della domanda sociale. Come osserva Barbalet ([55]), « i diritti universali non presuppongono la presenza ma l'assenza di preferenze diverse da individuo a individuo ». I diritti civili e politici sono dunque universalizzabili in quanto sono un corollario del modello antropologico dell'attore razionale. Quando i diritti sociali sono concepiti come i diritti dell'individuo in quanto "consumatore", devono soddisfare specifici bisogni individuali. Si collocano quindi in quella sfera del consumo che la teoria liberale ha sempre considerato come non regolabile e che ha affidato al libero arbitrio del soggetto.

Via via che i diritti sociali ampliavano lo spettro delle prestazioni garantite, assicurando consumi che andavano oltre la mera

([55]) BARBALET, *Cittadinanza*, cit., p. 107.

sussistenza, appariva pura finzione retorica l'idea che un elemento trascendentale come la smithiana 'mano invisibile' potesse armonizzare aspettative di consumo che, non sottoposte ad alcuno schema normativo, davano vita ad una « dialettica di moltiplicazione spontanea » (56). Senza un modello normativo di « consumatore sociale » che permetta di selezionare richieste legittime da richieste illegittime, come ha puntualmente osservato Foucault,

> si entra in un ordine di valori che dà luogo ad una serie infinita di richieste che non possono essere respinte. Ci si trova di fronte il problema della relazione tra una richiesta illimitata e un sistema "finito" che la dovrebbe soddisfare (57).

Inoltre, come ha acutamente notato Ernesto Rossi negli anni della progettazione del *Welfare state* italiano, la scelta di configurare i diritti sociali come svincolati dalla soggettività politica, e cioè come diritti del consumatore e non dell'attore politico, ha messo in moto un meccanismo che ha minato i fondamenti della solidarietà sociale. Scriveva Rossi:

> il meccanismo del mercato, col trasformare gran parte dei rapporti di cooperazione, necessari alla produzione collettiva, in compravendite di merci e servizi, a prezzi oggettivamente determinati dall'incontro della curva della domanda con la curva dell'offerta, tende a formare una mentalità grettamente egoistica. Chiunque ha un reddito sufficiente per campare secondo i suoi desideri, ritiene di non aver più bisogno degli altri, e di potersi straniare da tutto ciò che non lo tocca direttamente, o non tocca l'interesse della sua famiglia. « Quel che voglio me lo compro, e di quel che avviene fuori di casa non mi curo » diviene una massima di vita per le persone "di buon senso" (58).

L'idea che i diritti sociali non siano che dei sostituti della moneta e consentano di comprare beni e servizi sul mercato, e non diritti la cui rivendicazione e il cui esercizio configuri la società in cui viviamo, ha portato lentamente, come Rossi temeva, l'identità di consumatore "humeano" a prevalere su quella di attore politico. Quest'idea ha finito per configurarci, cioè per farci vedere a noi

---

(56) GORDON, *Governmental Rationality*, cit., p. 21.

(57) M. FOUCAULT, *Social Security*, in *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and Other Writings 1977-84*, a cura di D.L. Kritzman, New York, Routledge, 1988, p. 173.

(58) ROSSI, *Abolire la miseria*, cit., p. 127.

stessi, non come attori *politici* consapevoli che le proprie azioni hanno conseguenze sulla vita dell'intera *polis* e sulla distribuzione del potere al suo interno, ma come consumatori "humeani" che delle loro azioni e rivendicazioni colgono soltanto la soddisfazione immediata che procurano.

La differenziazione e la crescita esponenziale dei consumi che viene stimolata da questo mutamento del *Welfare state* sviluppa rapidamente la sensazione che non tutti i consumi possono essere garantiti a tutti e che l'esplosione qualitativa e quantitativa dei consumi, via via che viene meno la capacità standardizzante del *Welfare state*, produce una pluralità di identità che cominciano a percepirsi come radicalmente alternative e fondate su stili di vita (di consumo) non negoziabili.

Per far fronte al rischio di disgregazione sociale (59) che la configurazione dei cittadini come consumatori comportava gli Stati hanno sviluppato insieme ai diritti sociali una rete di apparati amministrativi in grado di raccogliere e memorizzare informazioni sugli individui in modo da poterli "sorvegliare" e "guidare" (60). La consapevolezza che l'ordine sociale liberale, nella misura in cui affida al mercato la strutturazione della personalità dei soggetti, ha in sé nietzscheanamente il principio della sua distruzione, porta in modo strisciante a modificare radicalmente la normatività delle società liberali (61). La legge, che secondo la concezione liberale

---

(59) La manifestazione più evidente della consapevolezza che l'organizzazione delle società contemporanee comporta il rischio di disgregazione sociale si trova probabilmente nel mastodontico tentativo elaborato da Talcott Parsons di dare fondamento sociologico all'ordine. Il sociologo americano, infatti, consapevole che i cittadini non possono rivendicare tutto quello che passa loro per la testa e comportarsi in modo da massimizzare il loro piacere qualsiasi esso sia, affida il ruolo di pietra angolare dell'ordine sociale alla famiglia e alle altre istituzioni di socializzazione primaria attribuendo loro il compito di strutturare la personalità dei bambini. La solidarietà sociale è assicurata nella misura in cui i bambini imparano che devono comportarsi in modo da non deludere le aspettative sociali sul loro comportamento. Parsons qualifica come atti devianti, e quindi non solo da reprimere ma da assumere come indicatore della necessità di una nuova socializzazione, tutti i comportamenti che deludono queste aspettative.

(60) A. GIDDENS, *A Contemporary Critique of Historical Materialism*, London, Macmillan, 1981, p. 169 e ss.

(61) Marshall stesso (*Cittadinanza*, cit., p. 57) sembrò essere subito consapevole di questo processo, infatti scrive: « i diritti sociali nella loro forma moderna comportano

doveva trascendere le contingenze empiriche e impartire prescrizioni uniformi per tutti i soggetti, viene subordinata, sia in campo civile che in campo penale, ai risultati delle scienze umane (psicologia, criminologia, sociologia, etc.). L'individuo non è più concepito come un soggetto astratto capace di determinare autonomamente le proprie scelte, ma come un essere i cui profili sono, da un lato, evanescenti e problematici e, dall'altro, « intrinsecamente legati ai metodi di sorveglianza adottati dall'apparato statale nella sua attività politica » (62).

Questa evoluzione della strategia welfaristica ha dato vita al paradossale simultaneo sviluppo della richiesta di servizi pubblici e dell'opposizione (63) alla loro diffusione, in nome dei diritti civili, in ultima istanza del diritto dei singoli a controllare una parte di reddito da utilizzare liberamente sul mercato. Sarebbe un errore liquidare questa opposizione come una meschina difesa del diritto di proprietà e quindi di posizioni di privilegio, sebbene questo aspetto non sia affatto trascurabile. Infatti, se da un lato la polemica contro i diritti sociali può essere considerata l'espressione di interessi cristallizzati attorno alla figura del proprietario privato, e quindi *funzionali* al mercato, dall'altro essa è pure l'espressione di quell'ideale normativo di libertà individuale che sta alla base della nozione di cittadinanza (64). Queste opposizioni devono dunque essere viste *anche* come rivendicazioni di una fonte indipendente di potere e di iniziativa economica (65) dovute all'acuirsi del senso di dipendenza dalle istituzioni e dal loro potere decisionale (66). Esse sono il segnale

---

un'invasione del contratto da parte dello *status*, [...] e la sostituzione della dichiarazione dei diritti alla libera contrattazione ».

(62) A. Giddens, *The Nation State and Violence*, vol. II di *A Contemporary Critique of Historical Materialism*, London, Macmillan, 1985, p. 205.

(63) Cfr. M.J. Crozier, S.P. Huntington, J. Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracy to the Trilateral Commission*, New York, New York University Press, 1975; C. Offe, *Lo stato nel capitalismo maturo*, Milano, Etas, 1977; J. O'Connor, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, St. Martin's Press, 1973.

(64) Cfr. J. Habermas, *Cittadinanza politica e identità nazionale*, in Id., *Morale diritto politica*, Torino, Einaudi, 1992 (tr. it. di *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, 1991), p. 136.

(65) Cfr. Barbalet, *Cittadinanza*, cit., p. 51.

(66) Foucault, *Social Security*, cit., p. 163.

che quelle che Foucault ha definito 'normalizzazioni disciplinari' iniziano ad essere percepite come incompatibili con il perno della teoria liberale: il modello antropologico del soggetto dei diritti.

4. *Il mercato come gioco a somma zero: l'affermarsi della democrazia escludente.*

Dal finire del secolo scorso ci troviamo dunque in una situazione in cui le politiche welfariste appaiono profondamente e irrimediabilmente screditate. A questo dato ideologico si affianca il fatto che l'avvento della globalizzazione cambia radicalmente lo scenario. La globalizzazione si caratterizza per tre elementi dovuti, in ultima istanza, allo sviluppo delle tecnologie: diminuisce significativamente la quantità di mano d'opera necessaria per produrre i beni; diventa relativamente facile installare la produzione nella parte del mondo che offre le condizioni economiche più vantaggiose e pertanto si diffonde la pratica della delocalizzazione degli impianti industriali; diventa relativamente rapido ed economico spostarsi da una parte all'altra del mondo e quindi si intensificano le migrazioni che assumono dimensioni del tutto nuove per la rapidità di spostamenti e il numero di persone che si spostano.

Chiamato ad affrontare questo mutamento epocale è uno Stato che non sembra assolutamente in grado di recuperare l'aurea di affidabile allocatore di risorse, esso appare, al contrario, inefficiente, costoso e lento nel rispondere ai bisogni sociali. Data la frammentazione politica del *demos* che contraddistingue le società attuali, gli Stati si rivelano assolutamente inidonei ad elaborare soluzioni efficienti, perché incapaci di elaborare una politica condivisa. Sul piano politico infatti la velocità della diffusione delle idee dovuta alle nuove forme di comunicazione e alle migrazioni frammentano il *demos*. Questo, che, con un lavoro di secoli, con grandi sofferenze e sacrifici, e spesso con la violenza, era stato costruito, un po' ovunque in Europa, come un organismo unitario diventa rapidamente il luogo della diversità culturale, religiosa, sociale e linguistica. Diventa così assai poco plausibile che lo Stato sia capace di esprimere una volontà generale o anche semplicemente che le diverse parti della sua popolazione siano disposte ad accettare le decisioni prese a maggioranza.

In questo contesto si è diffusa l'idea che sia le regole igieniche che la disciplina dei lavoratori siano ancora utili, ma non consentano più allo Stato di reggere la concorrenza economica che finora ha garantito la sua potenza. Acquista sempre maggiore rilievo la convinzione che per consolidare la potenza dello Stato si debba lasciare campo libero al mercato. Si assiste dunque all'affermazione di quel *laissez-faire* economico considerato da Chadwick la causa delle disastrose condizioni di vita dei poveri. Si inverte il rapporto tra Stato e mercato, si sviluppa "uno Stato sotto la sorveglianza del mercato, anziché un mercato sotto la sorveglianza dello Stato" (67). Il mercato cessa di essere un principio di autolimitazione del governo che il potere sovrano si auto-impone nella sua autonomia politica per massimizzare la sua potenza e diventa « una sorta di tribunale economico che pretende di misurare l'azione del governo » (68).

Il mercato sembra dunque aver ottenuto la sua vittoria definitiva: ha rotto gli argini che lo iscrivevano all'interno della sovranità statale, cosicché oggi è la sovranità statale ad essere iscritta all'interno della logica del mercato. Si è invertito il rapporto tra "ragion di Stato" e mercato: fino a ieri, pur essendo il mercato il giudice del successo delle singole politiche, era la ragion di Stato a definire le modalità di sviluppo del mercato per assicurare la potenza dello Stato; oggi è il funzionamento del mercato che definisce i limiti entro i quali può operare la ragion di Stato per assicurare la potenza dello Stato stesso. Non si tratta di una mera inversione di rilevanza fra tecnologie politiche e mercato. L'assurgere del mercato ad unico metro di valutazione della forza dello Stato ha effetti dirompenti: mina alle fondamenta la sinergia tra disciplina e mercato. Le tecnologie di governo richiedono uno spazio caratterizzato da una piena visibilità che consenta il dispiegarsi dei dispositivi della sorveglianza panoptica. Mentre lo spazio del mercato, come ha sostenuto Hayek, è lo spazio degli interessi che configura come un peccato mortale di *ubris* ogni tentativo di assoggettarlo ad uno sguardo capace di renderlo intellegibile e di programmare gli interventi sulle sue

---

(67) M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-79)*, Milano, Feltrinelli, 2005 (tr. it. di *Naissance de la biopolitique, Course au Collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil-Gallimard, 2004), p. 108.

(68) Ivi, p. 202.

dinamiche. Il mercato è refrattario allo sguardo ordinatore del potere sovrano e rivendica solo per sé il ruolo di ordinatore. È il migliore allocatore di risorse e quindi non solo non può essere oggetto di governo, ma è il metro di verifica dell'utilità sociale delle funzioni di governo (69). La globalizzazione dei mercati finanziari è assurta a forza irresistibile che gli Stati devono assecondare, rinunciando al governo dell'economia.

Per quanto riguarda le politiche sulla povertà una tale inversione implica un cambiamento profondo: fino a quando il mercato riusciva a svilupparsi grazie agli interventi di un governo guidato dalla ragion di Stato, il suo sviluppo coincideva con lo sviluppo del benessere di una popolazione data, grazie alle diverse tecniche di governo che hanno trovato il proprio culmine nelle politiche del *Welfare state*. La potenza dello Stato era legata alla capacità di sviluppare politiche di cittadinanza inclusiva, fondate sulla progressiva espansione delle fasce della popolazione ammesse a godere dei diritti e dei servizi sociali.

Oggi le leggi del mercato, supposte "oggettive", impongono imperativi comuni in ogni parte del mondo e sembrano capaci di neutralizzare le differenze e di fornire una misura della capacità di qualsiasi governo. Il mercato, collegando fra loro la produzione, il bisogno, l'offerta, la domanda, il valore, il prezzo e così via, si erge a strumento di verifica imparziale e culturalmente neutro di ogni pratica di governo, dai provvedimenti adottati alle regole imposte. Un buon governo oggi non è più un governo giusto che si ispira a regole morali o che massimizza la sua potenza politica secondo i canoni della ragion di Stato: è un governo che funziona secondo le leggi del mercato (70).

Si è diffusa un'ideologia (71), che sembra aver resistito anche alla crisi finanziaria ed economica iniziata nel 2008 e che è ancora in

---

(69) Cfr. ivi, pp. 52-3 e 231-32.

(70) Cfr. ivi, p. 39.

(71) A. Scott, *Globalization: Social Process or Political Rhetoric?*, in *The Limits of Globalization*, a cura di A. Scott, London, Routledge, 1997. Questa « ideologia » è ormai nota come « Washington consensus » e molti economisti, sfruttando con sagacia la loro autorevolezza, svolgono la funzione di « intellettuali organici » trasmettendo le sue parole d'ordine attraverso i *mass media*.

corso, secondo la quale il nuovo mondo del "capitale nomade", che ha travolto tutte le barriere create dagli Stati per frenare la mobilità dei capitali, renderebbe la vita di tutti più felice. La libertà, anzitutto del commercio e del movimento dei capitali, è considerata dai governi l'*humus* che permette alla ricchezza di crescere come prima non ha mai fatto. Il controllo del sistema economico da parte del mercato favorirebbe la stabilità dell'organizzazione sociale planetaria. In un completo capovolgimento delle raccomandazioni di Karl Polanyi, si è affermata la credenza che la stessa vita civile dipende dal mercato e che, di conseguenza, la società deve essere organizzata in modo da permettere al mercato di funzionare secondo le sue leggi. Non è più l'economia a dover essere compatibile con un determinato sistema di rapporti sociali, ma sono i rapporti sociali che si devono adeguare all'economia di mercato: la regolamentazione della vita civile diventa un accessorio rispetto al funzionamento del mercato. L'intero processo di integrazione economica mondiale può essere visto come una sconfitta del diritto pubblico, dovuta all'abbattimento di limiti, di regole e di controlli, e come una vittoria dei grandi poteri economici privati.

Sotto la spinta della globalizzazione dei mercati finanziari, la politica sembra aver sposato la tesi secondo la quale è controproducente ogni tentativo di governare i processi economici. Ripudiata la funzione di compensazione degli effetti del mercato, la politica rivendica programmaticamente una funzione ancillare al mercato stesso. I governi usano il loro capitale di legittimità per costruire il consenso intorno a privatizzazioni e deregolamentazioni di ampie sfere della vita economica (72). Operano in modo autoritario per cercare di « mantenere a casa le proprie irrequiete multinazionali e attirare le imprese straniere fornendo un ambiente economico favorevole » (73). Oppure agiscono sul mercato ponendosi sullo stesso piano degli operatori privati e quindi spesso in condizioni di infe-

(72) C. Crouch, W. Streeck, *Il futuro della diversità dei capitalismi*, in « Stato e mercato », 1997, 1, pp. 3-30.

(73) R. Dore, *Un commento*, in « Stato e mercato », 1997, 1, pp. 31-8.

riorità rispetto alle grandi *corporations* internazionali, che sono più potenti di molti Stati (74).

Il problema centrale non è tanto, come vuole una certa vulgata, il progressivo venir meno della sovranità statale. Il problema è la rottura della triade che tradizionalmente compone lo Stato: governo, popolazione, territorio. Tutta la vicenda dell'affermazione dello Stato nazionale ruota intorno alla convinzione che, per garantire la potenza dello Stato, il governo deve prendersi cura della popolazione che si trova sul suo territorio e renderla produttiva. Oggi il territorio che deve essere governato non ha più una sua popolazione e una sua industria: i governi europei si trovano a fronteggiare un flusso incontenibile di migranti, spesso con notevoli qualifiche professionali, e a trattenere od inseguire industrie che cercano spazi dove sia conveniente produrre.

La "popolazione", in quanto entità distinta dalla "mano d'opera" o da una porzione delimitata della "specie umana", è definita dal potere sovrano: sono le autorità politiche che si prendono cura degli individui in modo da farne una popolazione specifica (75). Nel momento in cui il mercato diventa il *frame* entro cui opera la ragion di Stato, non c'è più tempo per "farsi carico della popolazione". Il governo della popolazione non sembra più possibile. Anche in questo campo oggi governa il mercato: è quest'ultimo a diventare arbitro della domanda e dell'offerta di popolazione, della valorizzazione o della svalutazione delle risorse umane disponibili. Le persone circolano in tempi rapidi, come le merci, se non rapidissimi come le risorse finanziarie: questo comporta il superamento non solo dei lenti meccanismi disciplinari, ma anche delle tecniche di presa in carico dei soggetti marginali, inesorabilmente lente rispetto alla velocità del mercato. Con la globalizzazione dei mercati (compreso il mercato del lavoro), la popolazione diventa anch'essa una risorsa "mondiale", non più legata ad una specifica sovranità. La popola-

---

(74) « La potenza designa qualsiasi possibilità di far valere [...], anche di fronte a un'opposizione, la propria volontà, quale che sia la base di questa possibilità » (WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 51).

(75) FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., p. 58; PANDOLFI, *La 'natura' della popolazione*, in *Governare la vita*, cit.

zione è concepita come una delle tante risorse che deve circolare liberamente e non l'oggetto principale dell'attività di governo.

La cura del benessere dei poveri si fondava sull'assunzione che ogni Stato disponeva di una data popolazione e doveva gestirne lo sviluppo regolando i meccanismi della nascita e della morte e stabilendo le condizioni della vita. Con le grandi migrazioni che negli ultimi decenni hanno investito gli Stati europei è venuta meno la popolazione intesa come insieme di individui sui quali intervenire regolandone la nascita, la vita e la morte. Oggi lo Stato non è in grado di "governare" la popolazione: essa è diventata un insieme continuamente ridefinibile attraverso l'accoglimento o l'espulsione dei migranti e la marginalizzazione dei cittadini. Questo mutamento modifica radicalmente il problema dell'ordine politico e sociale. Non è più necessario porsi il problema di « come mettere al lavoro i poveri "validi", come trasformarli in manodopera utile ». E non ci si deve neppure porre il problema di « come assicurare l'autofinanziamento da parte dei meno ricchi della loro malattia e della loro definitiva o transitoria incapacità di lavorare » (76). Grazie alle migrazioni la manipolabilità della popolazione è aumentata a dismisura. Lo Stato può selezionare con molta facilità la propria popolazione: può costruire, attraverso una serie di meccanismi ora inclusivi ora escludenti, una popolazione di soli attori capaci di stare sul mercato, senza bisogno di "disciplinare" o sostenere gli appartenenti ad una sua supposta popolazione predeterminata che se ne dimostrano incapaci. Non è più necessario produrre i "buoni" cittadini o gli "utili" imprenditori di se stessi: è sufficiente selezionarli.

Il venir meno della convinzione che la popolazione sia una risorsa data che va presa in carico e curata per aumentare la forza dello Stato spinge dunque verso una società in cui la politica cessa di prendere in carico i soggetti sia singolarmente che collettivamente. Cessa la necessità di dedicarsi alla loro trasformazione o al loro sostentamento, lo Stato si può limitare a filtrarli e selezionarli. Questa situazione ha trasformato le democrazie opulente, in quelle che definirei « dittature di una classe soddisfatta »: i ricchi, gli abbienti, i benestanti, che sono sempre esistiti, non si sentono più

(76) Foucault, *La politica della salute nel XVIII secolo*, cit. p. 190.

costretti a difendere i propri privilegi favorendo il ricambio sociale. Essi possono permettersi l'immobilismo e rifiutarsi di dividere le risorse con i nuovi poveri (e le nuove generazioni). Queste condizioni storico-sociali hanno portato alla produzione in tutti i paesi europei di una sottoclasse sociale più o meno estesa, spesso connotata anche in termini etnici, alla quale è negato l'accesso alle risorse economiche e sociali disponibili. Essa, come nel Settecento, viene rappresentata come pericolosa, percepita come una minaccia per la sicurezza sociale e, in conseguenza della sua esclusione, per la sicurezza fisica e patrimoniale dei cittadini.

In un quadro come quello descritto la politica si ritira in una angolo e il suo ruolo sembra essere quello di garantire la sicurezza di un ristretto *demos* che vive nella *polis* democratica, limitando i rischi provocati dal mercato (ma non il mercato, che è globale e quindi per definizione sottratto al controllo statale). Dai tempi di Adam Smith fino alla fine agli anni Ottanta del secolo scorso la centralità del mercato si era accompagnata all'idea che la crescita economica avrebbe garantito a tutti gli individui di raggiungere un livello di reddito tale da consentire loro di assicurarsi (poco importa se sul mercato privato o grazie ai servizi del *Welfare state*) una vecchiaia serena, di neutralizzare il rischio di essere improduttivi per causa di malattie, di poter possedere quanto basta per assicurarsi una vita dignitosa, anche in caso che si verificassero degli eventi imprevisti, e, *last but not least*, di mettere in condizioni i propri discendenti di condurre una vita migliore. Negli ultimi decenni la percezione dell'inevitabile scarsità delle risorse utilizzabili dallo Stato a scopi sociali, indotta dall'ideologia della globalizzazione, ha invece diffuso la convinzione che la garanzia dei diritti passa necessariamente attraverso l'esclusione dall'uso di questi diritti dei soggetti migranti e, in secondo luogo, dei cittadini "non meritevoli".

Dopo due secoli nel corso dei quali si è percepito il ruolo della politica come quello di gestire un gioco in cui tutti i giocatori alla fine della partita sarebbero stati felici e contenti grazie al progresso economico, scientifico e sociale, ci troviamo in una situazione nella quale i giocatori ritengono che i beni da dividersi sono in progressiva inarrestabile riduzione. Per la prima volta dall'inizio della modernità, nel mondo nord-occidentale le nuove generazioni non sono certe che staranno meglio dei loro genitori e dei loro nonni. Danno anzi

per scontato che la loro vita sarà peggiore e più difficile. In questa situazione si è sviluppata la sensazione di vivere in un gioco a somma zero, se non addirittura ad esito negativo: ognuno vive come se le risorse destinate a qualcun altro fossero sottratte a lui stesso e non come un investimento che alla fine farà stare meglio tutti. Si vive con la convinzione di dover assolutamente ridurre i danni che sicuramente subiremo nella nostra vita, anziché gestire i vantaggi che avremo.

Nelle società europee si diffonde la convinzione che la delocalizzazione delle industrie e le migrazioni rendono da un lato difficile e dell'altro assolutamente inutile per gli Stati investire sulla propria popolazione per migliorarne le condizioni. È sempre più diffusa la convinzione che la priorità politica sia oggi attirare gli investimenti produttivi attraverso un continuo ribasso dei prezzi di produzione. Questa rincorsa provoca un *dumping* economico e sociale. Le società che eravamo soliti definire opulente devono convivere con l'aumento della precarietà lavorativa dei giovani, che spesso fino ad oltre i trent'anni non sono in grado di programmare una propria vita; con lo spettro, che aleggia sulla testa di molti, di una pensione che costringerà ad un drastico ridimensionamento delle condizioni di vita; per non parlare della strisciante consapevolezza che il nostro benessere dipende spesso dalle forme neoschiavistiche di lavoro cui sono costretti i migranti.

Data la percezione che il mercato e la politica non sono in grado di garantire migliori condizioni per tutti, ciò che interessa alla maggioranza degli elettori dei paesi europei è impedire che un accesso indiscriminato dei migranti al diritto di cittadinanza possa ridurre considerevolmente le garanzie sociali di cui essi godono. I cittadini dei paesi europei, convinti che il gioco dei diritti sociali sia a somma zero, vivono ossessionati dal timore che l'attribuzione dei benefici del *Welfare state* ai migranti e agli "scrocconi", versione contemporanea degli *undeserving poors,* accentui la riduzione, già in corso come conseguenza dei fenomeni di globalizzazione economica e finanziaria, dei benefici di cui usufruiscono.

5. *Per una nuova politicizzazione della povertà.*

L'insegnamento che si può trarre dalle vicende storiche bre-

vemente riassunte è che una tecnica di governo, che assume il mercato come parametro per la propria valutazione, è strutturalmente incompatibile con ogni forma di perequazione sociale. Una politica che elegge il mercato a suo metro di valutazione non può porsi come obiettivo la socializzazione dei consumi e dei redditi. Fin dall'inizio Smith aveva capito che per funzionare il mercato ha bisogno della disuguaglianza: la disuguaglianza (degli interessi, delle prestazioni, degli scopi, delle remunerazioni, eccetera) è il motore che garantisce l'ottimizzazione della funzione allocativa svolta dal mercato: « la concorrenza basata sui prezzi presuppone e produce processi di differenziazione; quindi, una politica sociale che si ponesse come obiettivo una perequazione sociale, seppur relativa, risulterebbe anti-economica, nel senso che violerebbe i principi economici formali della stessa libera concorrenza » (77).

La giustificazione di questa diseguaglianza si fonda sulla convinzione che essa sia fondamentale per la crescita economica, la quale, a sua volta, è sempre apparsa come il principale fattore di mobilità sociale ascendente, quello cioè che permette agli individui di migliorare la propria condizione sociale, creando automaticamente nuova occupazione sia negli strati sociali più bassi sia in quelli più alti. In altre parole, come nel Seicento, l'idea di fondo è che il mercato offre a tutti la possibilità di arricchirsi. Chi non si arricchisce mostra di non essere abbastanza capace o di essere un fannullone. È questa convinzione che ha riportato in vigore le retoriche vittoriane e ha spinto a sostenere l'opportunità di sostituire il *workfare* al *welfare*.

Questo ritorno al darwinismo sociale si scontra però con l'evidente incapacità del mercato di risolvere il problema della povertà. L'assurdità di questa nuova moralizzazione della povertà è evidente. Nel Settecento la stigmatizzazione morale della povertà si fondava sulla convinzione che l'unico limite all'impiego fosse la scarsezza di mano d'opera, mentre oggi non esiste la domanda che consenta l'occupazione (casomai forzata). La situazione è quindi schizofrenica. Nell'era della globalizzazione l'etica del lavoro ha cessato di svolgere quella funzione di pilastro dell'ordine sociale che ha esercitato per oltre tre secoli e ha lasciato il campo ad un quadro

(77) ZANINI, *Invarianza*, cit., p. 138.

culturale contraddittorio. Oggi si chiede ai soggetti di osservare l'etica del lavoro in un contesto che non la favorisce: il suo sviluppo rappresenta un esercizio puramente privato e quasi ascetico. All'interno dei mercati globali sono le condizioni oggettive esterne che decidono la localizzazione delle attività imprenditoriali determinando la produttività dell'investimento. L'etica del lavoro non garantisce la possibilità di accedere al lavoro né favorisce la stabilità nell'impiego. Se in un determinato settore le condizioni delle infrastrutture e dei servizi, il livello della tassazione e il costo della mano d'opera propri di una determinata area rendono agli imprenditori più conveniente investire altrove, l'etica del lavoro, sviluppata autonomamente dai soggetti o imposta da istituzioni panoptiche, non garantisce affatto l'inserimento lavorativo. Il legame tra disciplina ascetica e successo mondano, considerato da Weber la principale caratteristica dell'etica capitalistica ai suoi albori e assunto da Smith come base dell'ordine sociale, sembra ormai dissolto. La società continua a richiedere a chi lavora o si prepara al lavoro rigore e disciplina, ma non è più in grado di assicurare alcun successo a chi è capace di autodisciplinarsi.

Tutti i dati mostrano che nei paesi occidentali la globalizzazione dei mercati ha consentito soltanto agli strati sociali più alti di accrescere ulteriormente i propri guadagni, grazie alle nuove possibilità offerte dai mercati, mentre le classi medio-basse hanno visto ridursi ulteriormente i redditi da lavoro a causa della concorrenza sul mercato globale del lavoro e della mancanza di un'adeguata protezione dai rischi (78). Si è rivelato del tutto errato l'assunto che in una economia dinamica, con elevati tassi di sviluppo, la sicurezza possa essere garantita agevolmente dal gran numero di veloci compensazioni che si hanno sul mercato del lavoro. La moltiplicazione senza limiti delle occupazioni flessibili si è fondata precisamente su tale assunto, che però si è dimostrato irrealistico ed ideologico persino negli Stati Uniti e nei paesi con tassi di crescita più alti. La crisi finanziaria ha ulteriormente aggravato il problema: non solo l'economia crea posti di lavoro ad un ritmo molto più lento, ma è possibile che siano necessari molti anni perché vengano recuperati i

(78) L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 81.

posti di lavoro che oggi si stanno perdendo. Luciano Gallino ha fotografato questa situazione sostenendo che in Europa stiamo assistendo, attraverso la diffusione di impieghi che non assicurano nessuna stabilità, al trasferimento del rischio, creato dal mercato, dalle imprese e dallo Stato agli individui (79).

Il diffondersi dalla figura dei *working poors*, cioè il crescente numero di lavoratori che vivono in condizioni di povertà, rappresenta la prova più evidente che non possiamo affidarci alla ridistribuzione della ricchezza operata dal mercato per combattere la povertà. In realtà il fatto che gli Stati subiscano senza alcuna opposizione, anzi si prodighino a favorire, la totale finalizzazione degli istituti giuridici della tradizione liberale alle esigenze del mercato manifesta i suoi effetti più allarmanti nel campo del lavoro. Il diritto del lavoro vede sempre più erosa la sua parte pubblicistica, predisposta nel corso del Novecento per garantire la libertà dei lavoratori in stato di necessità, e si sta trasformando progressivamente in una parte del diritto commerciale. Come è stato scritto « una *strong commercial law* e una *poor labor law* si presentano come due cardini dei progetti di globalizzazione giuridica » (80). La forza del diritto commerciale transfrontaliero sembra richiedere necessariamente la debolezza del diritto del lavoro (81). Infatti le ragioni del primo sono antitetiche alle esigenze di protezione delle quali si è fatto carico il diritto del lavoro. Via via che il mercato del lavoro diventa un settore del mercato globale non diverso dagli altri, il diritto del lavoro diventa parte del diritto del mercato globale e le garanzie che i lavoratori avevano ottenuto (soprattutto nei paesi europei) spariscono. E ciò accade perché, essendo legate alle condizioni della vita e delle produzioni locali, tali garanzie finiscono per costituire elementi che rendono meno remunerativi gli investimenti. I lavoratori si trovano risospinti alla situazione di fine Ottocento, quando le condizioni del loro impiego, e quindi della loro vita, erano trattate come una qualsiasi merce e rimesse alla libera contrattazione

---

(79) Ivi, p. 72.

(80) P.G. MONATERI, *Globalizzando il diritto: 'a bordo di auto potentissime su strade secondarie*', in « Biblioteca della libertà », XXXIII, 1998, 146, p. 37.

(81) Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Juris*, Roma-Bari, Laterza, 2012^2, vol. II, p. 297.

delle parti e dunque in ultima istanza alla volontà del contraente più forte.

Per disegnare una strategia contro la povertà adatta all'era della globalizzazione non si deve più considerare la povertà come un problema individuale, come avveniva nel Settecento. Occorre invece trovare uno scenario che permetta di concepire nuovamente la povertà come un problema politico, come lo era quando lo Stato pensava che essa insidiasse la sua potenza. È necessario "inventare" un nuovo quadro teorico che permetta di capire che il problema non è più il conflitto tra liberalismo e socialismo. Il problema oggi sul tavolo è quello della "mercantilizzazione" della vita: da un lato sta l'idea che ognuno debba trovare la propria realizzazione sul mercato, da quello opposto l'idea che si debba costruire una società in cui la realizzazione dell'individuo è legata a grandi spazi di socializzazione protetti contro il mercato. Si tratta in primo luogo di combattere gli effetti perversi dell'assimilazione dei diritti di libertà alla libertà contrattuale, che ha prodotto l'idea che tutti i diritti siano, come la libertà contrattuale, espressione del potere sociale, politico ed economico posseduto dagli individui e non siano invece fonti autonome di un potere conferito in modo tendenzialmente egualitario.

In altre parole, è necessario riconoscere che quella che con linguaggio habermassiano possiamo definire la "colonizzazione" del mercato, il suo diventare lo spazio paradigmatico di sempre più numerose relazioni personali sta minando le basi della solidarietà sociale. Già un secolo fa Weber sottolineava che

> il rapporto di mercato, in quanto tale, è il più impersonale rapporto pratico dell'esistenza in cui possano incontrarsi due persone [...] perché esso è orientato in modo specificamente oggettivo (*sachlich*) in base all'interesse per i beni oggetto dello scambio, e soltanto in base a questo. Dove il mercato è lasciato alla propria autonomia, tiene conto soltanto della dignità della cosa e non della persona, non dei doveri di fratellanza e di pietà, non dei primordiali (*urwüchsigen*) rapporti umani che si basano su comunanze personali. Tutti questi rapporti sono degli ostacoli per il libero sviluppo del puro rapporto di mercato, gli interessi specifici del quale, a loro volta, mettono alla prova quei rapporti (82).

(82) WEBER, *Economia e società*, cit., vol. II, p. 314.

Ci troviamo in una situazione analoga a quella di fine Ottocento, quando, prima dell'affermazione del *Welfare state*, sembrava che l'industrializzazione mettesse in discussione l'esistenza delle società occidentali. Oggi sembra necessario un nuovo sforzo teorico uguale a quello fatto all'epoca dai padri della sociologia: dobbiamo ripartire dal fatto che la società e il suo ordine non sono qualcosa che esiste per natura o per magia, che possiamo dare per scontato, ma sono il frutto di un faticoso lavoro. Le società esistono perché molte persone svolgono spontaneamente un importante lavoro sociale che non è assolutamente riconosciuto. Il caso più eclatante è la cura delle persone e degli ambienti domestici, di cui spesso si fanno carico le donne e per cui negli anni recenti è stata prevista una qualche forma di riconoscimento. Ma è fondamentale anche il tempo necessario per informarsi e per scegliere che cosa acquistare, per leggere, per ascoltare la musica, per vedere film e mostre, e per raccontare queste esperienze: questi racconti costituiscono infatti una parte importante della vita sociale, dei legami sociali!

Per risolvere il problema della de-socializzazione prodotta dalla continua pressione esercitata sui cittadini a pensarsi come consumatori settant'anni fa, Ernesto Rossi propose di non dare contributi in denaro come prestazioni sociali, ma solo servizi, e soprattutto di sostituire le tasse con un sistema di *corvées* e cioè di costringere tutti i cittadini a svolgere un lavoro sociale. Rossi riteneva che questa drastica medicina, dal sapore pre-moderno, fosse essenziale per salvare la solidarietà sociale, per "rieducare" il cittadino trasformato in consumatore: « la *corvée* avrebbe potuto costituire un mezzo adeguato per costringere costui a partecipare, con la sua attività personale, alla produzione collettiva » (83). Questa ricetta è ovviamente improponibile e inaccettabile, perché, per quanto proposta da uno dei massimi economisti liberali dell'Italia del dopoguerra, ha un sapore per così dire "maoista", oltre che medioevale. Ma probabilmente meritano di essere salvati il suo spirito e il suo nucleo essenziale. Si potrebbe iniziare considerando i diritti sociali sempre meno come diritti economici che compensano o sostituiscono il salario e forniscono i mezzi per stare sul mercato. I

(83) ROSSI, *Abolire la miseria*, cit., p. 20.

servizi sociali non dovrebbero essere più pensati come *commodities* fornite dallo Stato in quanto non reperibili sul mercato o troppo costose.

Forse si potrebbe sfruttare la circostanza che (se è ormai dato per assodato che le burocrazie del *Welfare state* sono costose, inefficienti e opprimenti) si sta anche diffondendo la consapevolezza che, come aveva visto Weber, l'estensione della libertà di contrarre è ben lungi dall'allargare e garantire sempre la nostra autonomia. La pervasività con cui il mercato si impadronisce di una sfera continuamente crescente di relazioni sociali è sempre più percepita come una minaccia per la libertà religiosa, la libertà creativa dell'artista, la libertà di ricerca dello scienziato ed in generale per la libertà di ciascuno di seguire le proprie preferenze e la propria vocazione e di scegliere la vita che preferisce. Si sta diffondendo la consapevolezza che le relazioni di mercato mettono a repentaglio le fonti di arricchimento, morale e materiale, degli individui e delle società. Partendo da queste percezioni si potrebbe cominciare a pensare i diritti sociali come diritti-doveri a partecipare alla gestione dei beni comuni e a godere del loro uso. Proponendo questa soluzione non penso ai beni "per natura" comuni, come l'acqua, l'etere, l'aria, il paesaggio e via dicendo, ma penso ai servizi che hanno un'utilità comune (dall'istruzione all'assistenza sanitaria, a quella sociale) e che sono beni "comuni" non tanto perché sono utili a tutti individualmente, quanto soprattutto perché grazie a loro tutti i cittadini potrebbero vivere in una società migliore, in una comunità di persone sane, colte e solidali.

ROBERTO BARTOLI

RIFLESSIONI SULLA CARITÀ COME PARADIGMA GIURIDICO

1. Considerazioni introduttive. — 2. La violenza del diritto. — 3. Per una critica della violenza. — 4. Correttivi e alternative alla violenza. — 5. Paradigma del diritto *versus* paradigma della carità. — 6. Precisazioni ulteriori sul paradigma della carità. — 7. Sussidiarietà: un possibile rapporto tra carità e diritto. — 8. Carità, verità/responsabilità, riconciliazione.

1. *Considerazioni introduttive.*

Da quando si è avuta la consapevolezza (da sempre!) che la stessa dimensione giuridica, "il giuridico" come *genus* disciplinante i rapporti e risolutivo dei conflitti tra gli uomini, è in grado di generare violenza ingiusta, l'uomo ha tentato di porvi rimedio attraverso il diritto. Tuttavia, lo stesso diritto si è presto rivelato a sua volta uno strumento capace di generare violenza ingiusta, così che l'uomo ha tentato di elaborare dei rimedi. In questa prospettiva, al fondo, sono state percorse due strade. Da un lato, ci si è mossi nel solco dello stesso diritto, e più precisamente, come vedremo meglio in seguito, prospettando "correttivi" che incidessero soprattutto sulle dinamiche della scelta del valore di modo che la forza/violenza utilizzata per "fare giustizia" si potesse ritenere legittima. Dall'altro lato, in termini molto più radicali, ma anche con maggiori difficoltà di tipo soprattutto concettuale, si è andati oltre la logica del correttivo, cercando di introdurre un vero e proprio nuovo paradigma giuridico alternativo a quello fondato sul diritto (sulla forza-violenza e sul valore), vale a dire il paradigma basato sulla carità.

All'interno di questo saggio affronteremo tre questioni: anzitutto metteremo in evidenza alcuni dei limiti che contraddistinguono il paradigma giuridico del diritto; in secondo luogo, tenteremo di

individuare i caratteri specifici del paradigma alternativo al diritto, e cioè del paradigma della carità; infine, e questo è il profilo che maggiormente interessa, cercheremo di individuare in che rapporto possano stare la carità rispetto il diritto.

2. *La violenza del diritto.*

Per comprendere i limiti del diritto occorre muovere da ciò che il diritto è nella sua essenza mondana e sociale. Esso nasce, anche storicamente, come strumento di risoluzione dei conflitti attuali o potenziali e altro non è che una trasposizione della forza e del valore che sono alla base di tali conflitti all'interno di una dimensione — per così dire — terza, dove assumono un ruolo decisivo soggetti diversi dai protagonisti del conflitto.

Più precisamente, il conflitto attuale è composto da una aggressione e da una reazione. L'aggressione, alla quale è sotteso un interesse/valore, consiste in una forza/violenza che compromette un altro valore; la reazione, a sua volta, consiste in una forza/violenza diretta a ripristinare il valore compromesso. Il diritto nasce non solo e non tanto perché la reazione dell'offeso tende a rivelarsi ingiusta, vale a dire eccessiva, sproporzionata (vendetta in quanto reazione sproporzionata), né per superare la violenza che sta alla base del conflitto (vendetta in quanto violenza), quanto piuttosto perché si ritiene che esista una sorta di connaturata ingiustizia nel farsi giustizia da sé, nella reazione proveniente dalle mani dello stesso soggetto offeso (vendetta in quanto reazione dell'offeso). Si tratta di un passaggio spesso trascurato, ma di grande importanza, sul quale torneremo in seguito, anche perché l'idea che la vendetta sia ingiusta in sé, in quanto reazione diretta dell'offeso, si basa a sua volta sul presupposto, a dire il vero in parte opinabile, che la reazione dell'offeso non può che basarsi sulla violenza.

Ebbene, alla forza/violenza dell'aggressione il diritto reagisce con altrettanta forza/violenza, al fine di tutelare o ripristinare l'interesse compromesso mediante l'aggressione. Dalla prospettiva del diritto il conflitto attuale viene quindi risolto consegnando il monopolio della forza/violenza reattiva a un potere legittimo, a un sog-

getto terzo rispetto alle parti in conflitto (1). Non solo, ma a ben vedere, nel momento in cui si rimette al terzo il monopolio della forza, ad esso si rimette anche il monopolio del valore. Anche questo è un passaggio spesso trascurato, ma di grande importanza per comprendere la "logica" del diritto.

Quindi, in sostanza, da un lato, davanti alla forza/violenza aggressiva, nell'alternativa tra lasciare la reazione allo stesso soggetto che ha subìto la violenza oppure affidare la reazione ad un soggetto diverso, il diritto opta per questa seconda strada. Dall'altro lato, questo spostamento della reazione dall'offeso al terzo implica, oltre alla spostamento della forza, anche uno spostamento del valore dall'offeso al terzo, nel senso che lo stesso valore che è stato offeso dall'aggressione è rimesso nelle mani del terzo.

Detto in altri termini ancora, posto che lo strumento del diritto continua a caratterizzarsi per la presenza di una forza/violenza qualitativamente identica a quella che avrebbe potuto utilizzare il soggetto offeso, si apre il problema della legittimità di questa forza da contrapporre alla illegittimità della forza aggressiva. E questa legittimità della forza reattiva si ottiene costituendo nelle mani del terzo anche il monopolio dei valori.

Per quanto riguarda il conflitto potenziale, il discorso è diverso in ordine alla forma in cui il problema si manifesta, tuttavia esso postula la stessa sostanza che sta alla base del conflitto attuale: il diritto è valore che si basa sulla forza. Ed infatti, anche là dove è presente una pretesa, si deve osservare come essa si sostenga col tono della rivendicazione, ma quando questo tono viene adottato, la forza non è lontana, è sùbito dietro, per confermarlo (2). Quindi, per quanto possa apparire paradossale, si può considerare violento anche un contegno assunto nell'esercizio di un diritto (3). Ecco allora che nella prospettiva giuridica la rivendicazione si considererà legittima là dove l'interesse perseguito non si riveli in contrasto con

---

(1) M. Weber, *Economia e società*, vol. I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Milano, Comunità,1980, p. 53.

(2) S. Weil, *La persona e il sacro*, in AA.VV., *Oltre la politica, Antologia del pensiero "impolitico"*, a cura di R. Esposito, Milano, Bruno Mondadori, 1996, p. 75.

(3) W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, in Id., *Angelus Novus*, Torino, Einaudi, 1995, p. 17.

i fini (valori) generali perseguiti dall'ordinamento, a dimostrazione che anche là dove esiste un diritto esiste un monopolio dei fini (valori) posto nelle mani di un soggetto terzo. In sostanza, in presenza di un conflitto potenziale, la forza è lasciata, entro certi limiti, nelle mani del singolo portatore di interessi, ma il monopolio dei valori resta nelle mani dell'ordinamento. Nel momento in cui il conflitto si farà attuale, perché la forza è stata esercitata oltre i limiti consentiti, il terzo attrarrà su di sé anche la forza.

3. *Per una critica della violenza.*

Questo quadro suscita alcune riflessioni critiche, che possono essere sintetizzate nella seguente frase di Walter Benjamin: « ogni violenza è, come mezzo, potere che pone o che conserva il diritto » (4) ovvero il diritto è posto e conservato dalla violenza.

Per quanto riguarda la "posizione", la stessa questione della legittimità dell'uso della forza e quindi della scelta del valore presenta componenti di violenza. Anzitutto, il valore implica forza al momento della scelta in astratto. Si possono distinguere diversi gradi di "forza", ma di forza pur sempre si tratta: la forza della deliberazione totalitaria, del tutto svincolata, nonché negante il pluralismo valoriale; la forza della deliberazione democratica maggioritaria, orientata alla forte selezione e alla assoluta prevalenza di interessi e valori in netta contrapposizione e negazione dei valori espressi dalle altre parti; la forza della deliberazione democratica dialogico-pluralista che, pur ispirandosi a un equilibrato bilanciamento degli interessi contrapposti, finisce comunque per escludere una parte della realtà sociale, come si può apprezzare soprattutto oggi nelle società multiculturali. In secondo luogo, il valore implica forza anche al momento della decisione in concreto, sia perché la decisione è separazione, disconoscimento ed esclusione, sia perché (ma questa è già conservazione) la decisione necessita di coercizione. Inoltre, anche là dove si è in presenza di una scelta di valore legittima, il valore tende a farsi assoluto, perché lo stesso valore, la

(4) BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., p. 16.

sua logica, è notoriamente tirannica (5). Là dove ci si basa su valori, è del tutto naturale tendere alla affermazione della loro non negoziabilità: se infatti un valore risultasse negoziabile, esso sarebbe destinato a perdere di valore. Infine, e soprattutto, la forza/violenza ancorché formalmente e proceduralmente legittima, per legittimarsi, necessita comunque di un appello a una dimensione trascendente, rispetto alla quale deve sussistere una credenza, se non addirittura una vera e propria fede (6). Ma è proprio questa trascendenza, che, ancorando il valore alla sua verità, finisce per generare una violenza valoriale.

Per quanto riguarda la conservazione, il diritto impiega direttamente il mezzo della forza: nel conflitto attuale la forza è attuale, in quello potenziale è solo minacciata, ma incombente. Ma è proprio questa forza conservatrice che genera perplessità. Anzitutto, ancorché legittima, la forza monopolizzata dal potere pubblico, proprio in quanto forza, conserva la marca visibile di quella violenza originaria che sta alla base della stessa vendetta privata (7). Si può parlare di vendetta pubblica, in quanto violenza pubblica. In particolare, se si muove dall'idea che la vendetta privata può essere ingiusta in quanto sproporzionata, si deve osservare che nulla impedisce che anche la vendetta pubblica possa realizzare eccessi analoghi, divenendo così fondamentale compiere un controllo sullo stesso esercizio pubblico della forza. Certo, la "vendetta pubblica" può impedire l'*escalation* che caratterizza quella privata, ma nessuno può negare che là dove si rivela sproporzionata, essa realizza la stessa ingiustizia della vendetta privata eccessiva. Ma soprattutto, se si muove dall'idea che la vendetta privata è ingiusta in sé, in quanto reazione dell'offeso, il monopolio pubblico rischia di realizzare una simulazione della giustizia (un simulacro?), perché anche in presenza di una forza legittima ed equa, si deve osservare come la reazione resti sempre e comunque una reazione basata sulla violenza, consistente nella

(5) C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008, p. 46 e ss.

(6) M. Weber, *Economia e società*, vol. I, p. 53 e ss.; M. Cacciari, *Diritto e giustizia. Saggio sulle dimensioni teologica e mistica del moderno Politico*, in « Il centauro », 1981, p. 67. Su questi aspetti anche P. Ricoeur, *Le categorie fondamentali della sociologia di Max Weber*, in Id., *Il Giusto*, vol. II, Cantalupa, Effatà, 2007, p. 172 e ss.

(7) R. Girard, *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi, 1980, p. 40 e ss.; P. Ricoeur, *L'atto di giudicare*, in Id., *Il Giusto*, vol. I, Cantalupa, Effatà, 1995, p. 192 e ss.; Cacciari, *Diritto e giustizia*, cit., p. 66 e ss.

produzione di una indiscutibile sofferenza. Com'è stato notato « la punizione in quanto pena riapre la strada allo spirito di vendetta, ad onta del fatto che essa sia passata attraverso una mediazione, aggiornata, vegliata dalla intera procedura del processo, ma non soppressa, abolita » (8). In sostanza della vendetta privata, così come del diritto pubblico, ciò che si deve criticare è la stessa violenza, l'impiego della forza per 'risolvere' la controversia.

In secondo luogo, sempre nella prospettiva della conservazione, il diritto non solo non risolve il conflitto, ma risponde a tale conflitto con un conflitto ulteriore. Meglio ancora: il primo conflitto, le sue cause sostanziali, le sue ragioni concrete restano, permangono, si protraggono. Il diritto interviene a cose accadute e si disinteressa delle ragioni del conflitto, del rapporto che esiste tra l'aggressore e l'offeso, divenendo altri i suoi soggetti di riferimento: la società in generale, le parti del processo in posizione subordinata rispetto al giudice, il "colpevole" ma come soggetto isolato, distante dall'offeso ed estraniato dalla società. Inoltre, al conflitto irrisolto tra privati, segue un altro conflitto tra il soggetto aggressore e la società stessa, e ciò proprio perché il soggetto viene separato dalla società.

4. *Correttivi e alternative alla violenza.*

Come accennato, ai limiti del diritto l'uomo ha reagito elaborando correttivi oppure perseguendo strade decisamente alternative.

All'interno dell'orientamento "correttivista" si è assistito alla contrapposizione epocale tra Schmitt e Kelsen. Entrambi fanno salva l'idea di forza dalla quale non è possibile prescindere e per entrambi l'unico modo per contenere e limitare la forza consiste nell'incidere sul valore. Tuttavia, mentre per Schmitt non è possibile percorrere la strada della legittimità del valore, in quanto si tratta proprio della strada che porta alla dismisura dell'annientamento assoluto, al contrario per Kelsen, la strada della legittimità politica della scelta di valore si rivela insufficiente essendo necessaria anche una giustiziabilità di tale scelta. Per Schmitt, infatti, un equilibrio si può ottenere soltanto bandendo il problema della legittimità dal

(8) RICOEUR, *Giustizia e vendetta*, in ID., *Il Giusto*, vol. II, cit., p. 271.

discorso politico, nel senso che un problema di legittimità non si può e non si deve porre, in quanto è proprio il problema della legittimità che rende il conflitto assoluto. Perché possa permanere un conflitto relativo è necessario che una questione di legittimità nemmeno si ponga. Detto diversamente, per Schmitt il problema è quello di mantenere l'ineliminabile conflitto in un cerchio di misura, e questo sembra essere possibile eliminando proprio la questione della legittimità, dissolvendo il pluralismo valoriale all'interno dello Stato e non prendendolo in considerazione nel rapporto tra gli Stati. Al contrario per Kelsen un equilibrio si può ottenere soltanto in presenza di una sottrazione dei valori alle parti, creando così un monopolio valoriale in capo ad un soggetto terzo, e quindi aprendo la strada della giurisdizione non solo tra singoli, ma anche tra parti (partiti), nonché tra gli Stati.

Non è possibile intrattenersi in questa sede su un'analisi approfondita di questi orientamenti, tuttavia sia consentito osservare come entrambi abbiano meriti e limiti. In particolare, se la soluzione schmittiana presenta inconvenienti insuperabili se applicata in un contesto statale, invece mostra meriti all'interno del contesto internazionale in cui sempre di più si rivela molto difficile realizzare i presupposti per una reale comunità internazionale giurisdizionalizzata. La soluzione kelseniana, al contrario, ha dato prova di grandi risultati sul piano statale mediante la configurazione del costituzionalismo c.d. moderno, ma stenta a trovare applicazione nel contesto internazionale, dove gli stessi strumenti che dovrebbero presentarsi come terzi, si rivelano spesso al servizio delle potenze mondiali, aprendo il campo all'idea che una limitazione della forza può realizzarsi solo in un contesto internazionale concepito in termini avaloriali.

Sempre in una logica correttiva si muovono poi quei pensatori che introducono rimedi all'interno dei vari momenti in cui la forza/violenza prende forma. Si pensi ad esempio ai concetti di giusta distanza rispetto alla giurisdizione, di riconoscimento al momento della decisione e di riabilitazione al momento della esecuzione nella filosofia di Paul Ricoeur (9).

---

(9) In argomento si v. in particolare RICOEUR, *L'atto di giudicare*, cit., p. 189 e ss.; ID., *Sanzione, riabilitazione e perdono*, in ID., *Il Giusto*, vol. I, cit., p. 196 e ss.;

All'interno dell'orientamento "alternativo" si possono distinguere numerose varianti. Walter Benjamin, ad esempio, è il pensatore che sposta la questione nella mistica, dove violenza e valore vengono fatti nella sostanza coincidere per essere riposti nelle mani del divino (10). Simone Weil invece agisce nella socialità, implodendo la violenza, ma incide sull'individuo, professando la debolezza: il mezzo in sé, la forza in sé presentano comunque una componente di inestirpabile ingiustizia, e non potendovi essere giustizia in presenza di una forza, alla forza si deve reagire mediante la debolezza, la negazione di sé (11). Ed ancora, Emanuel Lévinas, al fine di deassolutizzare la propria soggettività, apre al volto dell'altro, alla capacità di coglierlo e accoglierlo nella sua realtà, e contrappone tale capacità a quella di pensarlo nel pensiero, che invece determina l'esclusione perché sostituisce l'autenticità del rapporto con l'immagine di tale rapporto (12). Ma soprattutto, alternativo all'idea di diritto, ma interno alla prospettiva giuridica, sembra essere il paradigma della carità che si può ricavare dai Vangeli ed il cui pensatore più coerente e profondo, tra quelli che hanno offerto il proprio contributo sul tema, può essere senza dubbio considerato Vladimir Jankélévitch (13).

5. *Paradigma del diritto* versus *paradigma della carità.*

Più precisamente, al paradigma del diritto basato sulla forza e sul valore, si può contrapporre il paradigma della carità basato sull'amore.

---

nonché ID., *Giustizia e vendetta*, cit., p. 264 e ss.; ID., Le gardien des promesses *di Antoine Garapon*, in ID., *Il Giusto*, vol. II, cit., p. 189 e ss.

(10) BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., p. 23 e ss.

(11) Per alcuni tentativi di ricostruzione "sistematica" di questa direttrice del pensiero della Weil cfr. A. DAL LAGO, *L'etica della debolezza*, in ID., *Il paradosso dell'agire. Studi su etica, politica, secolarizzazione*, Napoli, Liguori, 1990; T. GRECO, *La bilancia e la croce. Diritto e giustizia in Simone Weil*, Torino, Giappichelli, 2006; R. ESPOSITO, *L'origine della politica. Hannah Arendt o Simone Weil?*, Roma, Donzelli, 1996.

(12) E. LÉVINAS, *Totalità e infinito. Saggio sull'esteriorità*, Milano, Jaca Book, 1980: ID., *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, Milano, Jaca Book, 1983.

(13) In argomento v. soprattutto V. JANKÉLÉVITCH, *Dalla giustizia alla carità*, in « La società degli individui », 2003, p. 121 e ss.; ID., *Trattato delle virtù*, Milano, Garzanti, 1996.

A) Mentre il diritto si basa sul concetto di verità valoriale, al contrario la carità si basa sull'amore che è verità avaloriale.

a) Il diritto si basa sulla verità valoriale in quanto è costretto, anche nella sua forma massimamente civilizzata (il costituzionalismo moderno), a individuare un nucleo di valori "assoluti", indiscussi e indiscutibili, che sono posti fuori dall'agone politico, il cui custode è un soggetto che esercita un potere giurisdizionale (Corte costituzionale). Questi valori assoluti sono i valori fondanti, inderogabili. Al di sotto di questi valori assoluti, vi sono i valori relativi, sia perché presenti nell'agone politico, sia perché socialmente e storicamente fondati, sia perché infine da mettere in relazione con gli altri valori relativi.

b) La carità si basa invece sull'amore che è verità avaloriale in quanto dalla prospettiva dell'amore non esiste altro valore che l'amore stesso. "Amate i vostri nemici" (Matteo, 5,44; Luca, 6,27.35) è proprio l'esortazione ad amare chi esprime valori diversi da quelli propri. Il nemico dei Vangeli è quello che in una prospettiva valoriale sarebbe il nemico assoluto, il nemico illegittimo, il soggetto che, sempre in una prospettiva valoriale, rompe il patto valoriale fondante. Amare è quindi il bene, il valore assoluto, e si deve amare non solo chi si merita l'amore, ma anche chi non lo merita, poiché un'eventuale distinzione tra meritevoli ed immeritevoli farebbe uscire dalla logica dell'amore ed entrare in quella del valore. Ecco allora che mentre il diritto pone il problema della legittimazione, l'amore non pone un problema di legittimazione, perché non si pone un problema di valore. L'altro in quanto tale, al di là del suo valore, ed anche se contro-valore, finisce per essere destinatario dell'amore.

B) Mentre il diritto prescrive, al contrario l'amore esorta.

a) Il meccanismo normativo del diritto si basa su una prescrizione, da intendersi come imperativo o comando oppure come obbligo (14). In entrambi i casi l'istanza normativa proviene dall'esterno, perché passa dalla minaccia dell'intervento di un soggetto che sta al di fuori della relazione e del conflitto.

b) La carità, invece, si basa su un meccanismo normativo esortativo, dove è l'altro che si ha davanti che chiede di essere amato.

---

(14) P. Ricoeur, *Amore e giustizia*, Brescia, Morcelliana, 2003, p. 16; S. Weil, *La prima radice*, Milano, SE, 1990.

Non è un caso che si sia parlato di imperativo poetico (15). Così, Gesù dice all'adultera "Va' e non peccare più" (Giovanni, 8,10). Ma soprattutto è l'altro che dice "amami".

C) Mentre il diritto prescrive un determinato comportamento e dice cosa fare, la carità esorta l'instaurazione di un rapporto di compassione e dice come sapere cosa fare.

a) Il diritto si compone di precetti che indicano un determinato comportamento che non si deve tenere. La tutela del valore si traduce in una prescrizione determinata, puntuale e specifica, perché tale prescrizione deve essere in grado di esprimere un disvalore. È l'idea di tutelare un valore che impone la determinatezza del comportamento dovuto. Il diritto prescrive ciò che occorre fare o non fare e come occorre farlo o non farlo.

b) La carità si compone invece di una esortazione generica e indeterminata che invita a costituire un rapporto di condivisione, fatto anzitutto di negazione di sé, di ascolto e quindi di dono: « l'imperativo d'amore non prescrive ciò che occorre fare [o non fare], l'imperativo d'amore prescrive che occorre farlo, senza dire che cosa » (16). Quindi "Amerai il prossimo tuo come te stesso" (Marco, 12,31) significa non avrai altro te stesso che il tuo prossimo (17) ovvero tu stesso sii prossimo all'altro (18). Ed ancora, "ciò che volete gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro" (Luca, 6,31) significa rendi te stesso destinatario dei tuoi atti.

D) Mentre il diritto si basa su un rapporto a tre, la carità si basa su un rapporto a due (19): se è vero che la capacità di porsi da un punto di vista diverso dal proprio costituisce la possibilità fondamentale di una relazione giuridica, il diritto assume il punto di vista del terzo, la carità quello dell'altro.

a) La persona del diritto è il terzo in un triplice senso. Anzitutto, si basa su istanze necessariamente terze. Così, nel rapporto tra privati, entra in gioco lo Stato, che è il detentore della forza

---

(15) RICOEUR, *Amore e giustizia*, cit., p. 16.

(16) JANKÉLÉVITCH, *Dalla giustizia alla carità*, cit., p. 142.

(17) JANKÉLÉVITCH, *Trattato delle virtù*, cit., p. 67.

(18) FASSÒ, *Cristianesimo e società*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 49.

(19) JANKÉLÉVITCH, *Dalla giustizia alla carità*, cit., p. 131; RICOEUR, *Sanzione, riabilitazione, perdono*, cit., p. 198 e ss.

legittima e del valore; inoltre entra in gioco l'istituzione giudiziaria, in quanto distinta dagli altri poteri, quali l'esecutivo e il legislativo. Infine viene in gioco il giudice, il soggetto che esercita in concreto il potere giurisdizionale. Nel rapporto pubblico tra parti (partiti), entra in gioco ancora una volta lo Stato e, più precisamente, la Corte costituzionale dotata di poteri giurisdizionali, come anche altri soggetti di garanzia (es. Presidente della Repubblica). Ed ancora nei rapporti tra Stati, torna ad affermarsi la logica del terzo, anche se fino ad ora non è riuscita ad esprimersi pienamente: così da una lato si pensa ad una comunità internazionale e dall'altro lato si istituiscono organi capaci di giustiziare scelte politiche e detentori del potere pubblico (Corte di giustizia, Corti a tutela dei diritti dell'uomo, tribunali penali internazionali).

In secondo luogo, dire che la persona del diritto è il terzo significa dire qualcosa di più, e cioè che i soggetti protagonisti del conflitto passano in secondo piano, se non vengono addirittura banditi, essendo collocati al di fuori del procedimento innescato per "fare giustizia". Lo stesso soggetto offeso, diviene un terzo, ma anche l'aggressore, diviene un terzo rispetto alle dinamiche della giustizia. Nell'interloquire con il terzo (Stato, società), la persona dell'offeso e quella dell'aggressore si trovano spersonalizzate, potendo recuperare un ruolo reale soltanto in una fase successiva a quella che vede protagonista il terzo, e cioè al momento della esecuzione.

Infine, nella prospettiva del diritto il concetto stesso di essere umano viene ricondotto a un modello, a un uomo generale ed astratto, terzo rispetto al soggetto concreto. Così, da un lato, si parla di una legge generale ed astratta avente come destinatario la generalità dei concittadini. Dall'altro lato, si parla di uomo, in una prospettiva universale (salvo poi i correttivi, come ad esempio il concetto di riabilitazione-risocializzazione che tendono a recuperare uno sguardo sull'uomo concreto in carne ed ossa).

b) La persona della carità è invece il soggetto concreto in carne ed ossa, con il suo volto, la sua vita, senza che su di esso si possa proiettare alcun valore selettivo e selezionante. Non il soggetto in quanto uomo, né, sulla scia delle considerazioni di Simone Weil, in quanto persona, ma in quanto altro (fratello) in carne ed ossa nella sua unicità concreta e irripetibile. Non solo, ma anche quando interviene un terzo (mediatore), tale soggetto non è il terzo, bensì un

tramite tra i due soggetti, il cui compito è di mettere in relazione, avvicinare l'uno all'altro, funzione che si può perseguire soltanto se il "terzo" si fa carico delle istanze di entrambi i soggetti.

E) Mentre il diritto necessita di una valutazione e di una decisione che non inciderà mai sulle cause del conflitto, la carità incide su tali ragioni e porta a una riconciliazione (20).

a) Il valore implica un giudizio e una decisione. Il giudizio, la valutazione porta ad assumere un criterio. La decisione sta nell'assunzione di questo criterio, come anche nell'esito finale, che significa separazione, divisione. Certo può entrare in gioco il correttivo del riconoscimento, ma tale correttivo è in definitiva disfunzionale alla logica del diritto che si basa sulla separazione, sulla divisione, sulla creazione di una frattura ulteriore che non determina ricomposizione (21). Dalla formalizzazione del conflitto consegue che la sua sostanza resta fuori, con la conseguenza che non potrà mai essere fatta completa giustizia.

b) L'amore non determina decisione, quindi separazione ma composizione, avvicinamento, riunione: « non giudicate e non sarete giudicati » (Luca, 6,37). La carità fa dialogare direttamente i soggetti affinché possano superare le ragioni del conflitto. Afferma Gesù: « se dunque presenti la tua offerta sull'altare e lì ti ricordi che tuo fratello ha qualcosa contro di te, lascia lì il tuo dono davanti all'altare e va prima a riconciliarti con il tuo fratello e poi torna ad offrire il tuo dono » (Matteo, 5,23 ss.).

F) Mentre il diritto minaccia una determinata sanzione e necessita della forza del terzo, al contrario l'amore implica come conseguenza una non-conseguenza, il perdono, vale a dire un ennesimo atto di amore basato sulla debolezza dell'offeso.

a) La tutela del valore impone una prescrizione alla quale è accostata una sanzione. La minaccia del male consente di realizzare una coercizione psicologica. In presenza del fallimento del meccanismo psicologicamente coercitivo diviene indispensabile irrogare la sanzione.

b) La debolezza della carità è dono di sé, negazione di sé.

---

(20) JANKÉLÉVITCH, *Dalla giustizia alla carità*, cit., p. 138.
(21) RICOEUR, *Amore e giustizia*, cit., p. 25.

Gesù dice: « rimetti a noi i nostri debiti come noi li rimettiamo ai nostri debitori ».

G) Mentre il diritto si esprime mediante il linguaggio, ponendo così il problema dell'interpretazione e dell'argomentazione, la carità si esprime mediante azioni.

a) La componente discorsiva del diritto deriva non solo dal suo carattere prescrittivo, ma anche dalla trasposizione del conflitto dai suoi protagonisti al terzo, nonché dalla necessità di trasmutare la violenza su cui pur sempre inevitabilmente il tutto si basa, in strumenti momentaneamente non violenti. La cruda violenza è sospesa dal confronto logico nell'interpretazione e nell'argomentazione in un tentativo di persuasione e riconoscimento, per poi ricomparire in tutta la sua crudezza dopo il discorso giuridico.

b) Alla verbosità precettistica e argomentativa del diritto si contrappone il silenzio dell'amore e del suo atto concreto. In amore non si parla, non si argomenta, non si spiega, si ama.

H) Mentre il diritto si realizza mediante istituzioni e burocrazia, mediante organizzazione, e quindi distanza, la carità rifugge da qualsiasi organizzazione e istituzione, cercando invece di porre i soggetti l'uno davanti all'altro affinché si guardino negli occhi.

I) Mentre il diritto si realizza mediante un processo, si procedimentalizza, si formalizza, la carità trova esecuzione immediata nella sostanza dell'incontro.

L) Mentre il diritto è momentaneo, l'amore è perpetuo (22). Il diritto non esiste prima dell'illecito. In assenza dell'illecito il diritto si ritrae, è silente, dorme. È quando si verifica l'illecito che il diritto si desta e compare. L'amore esiste anche in assenza dell'illecito, esiste sempre, prima e dopo l'offesa.

M) Mentre nel diritto l'ingiustizia è il prodotto della violenza, al contrario nella carità l'ingiustizia è creata dall'amore, nel senso che la vede prima che si realizzi (23).

N) Mentre il diritto è misura, proporzione, ragionevolezza, bilanciamento, la carità è dismisura, sproporzione, irragionevolezza,

---

(22) JANKÉLÉVITCH, D*alla giustizia alla carità*, cit., p. 137.
(23) Ivi, p. 141.

sbilanciamento (24). Un esempio tra i tanti « io vi dico di non opporvi al malvagio; anzi se uno ti percuote la guancia destra, tu porgigli anche l'altra; e a chi vuol chiamare in giudizio per toglierti la tunica, tu lascia anche il mantello » (Matteo, 6,39 ss.).

6. *Precisazioni ulteriori sul paradigma della carità.*

Prima di proseguire oltre nel nostro ragionamento, a questo punto si rendono necessari alcuni chiarimenti di non poco conto.

A) Primo chiarimento: il paradigma della carità qui razionalizzato, se da un lato si ispira al Vangelo, dall'altro lato finisce per non aver nulla a che vedere con il Vangelo. Il passaggio è delicato, ma di estrema importanza, se non addirittura decisivo. Il mio ragionamento è un ragionamento giuridico, mondano, sociale, politico. Al contrario, il "ragionamento" del Vangelo è un ragionamento spirituale, religioso, ultraterreno. Detto diversamente, nella prospettiva evangelica religiosa, la dimensione giuridica non ha alcun valore, nemmeno quella basata sul paradigma della "carità giuridica". Com'è stato notato, « è evidente che il *prossimo* non sono puramente e semplicemente *gli altri*, come nell'accezione e nell'uso volgare di questa parabola [...] è l'amore che rende prossimo quelli che altrimenti non sarebbero che *vicini*; e il comandamento di amare il prossimo è semplicemente quello di *amare*, sì che tutte le creature divengano prossimo e in pari tempo lo si divenga per esse: di amare dello stesso amore con cui si ama Dio [...] e con cui Dio ama noi: "amatevi gli uni gli altri come io ho amato voi". È in Dio, primo e supremo oggetto dell'amore, che si ama tutto ciò che Dio ama e che è in lui [...] è Dio che si ama nel prossimo, e non ottempererebbe al comandamento di amore chi amasse gli uomini per se stessi » (25). Ed ancora, « tra l'energia dell'eroe, correlato strettamente ai valori socialmente realizzabili [...] e l'*homo religiosus* perfettamente rappresentato dal santo, non è possibile alcuna gerarchia, poiché essi si collocano su piani ontologicamente distinti. L'eroe è volontà impe-

---

(24) *Ibidem*; RICOEUR, *Amore e giustizia*, cit., p. 31 e ss.; ID., *La logica di Gesù*, Magnano, Qiqajon, 2009.

(25) FASSÒ, *Cristianesimo e società*, cit., p. 48 e ss., ma si veda anche 31, 37 e soprattutto p. 155 e ss.

rativa, affermazione sovrabbondante di sé; il santo è apertura e dono di sé alla sovrabbondanza della Grazia. L'eroe [...] non ha nulla a che spartire col fanatico; egli persegue con intelligenza e disincanto, quanto con dedizione e convinzione, la propria *Sache*, ma il suo regno è di questo mondo e di questo mondo sono i suoi valori. Il santo testimonia in sé di una pace che è l'assolutamente Impossibile per l'eroe » (26).

Dalla prospettiva del Vangelo, sopra la carità sta quindi il comandamento "più importante" di amare Dio, ed è attraverso l'amore di Dio che è possibile amare l'altro: « amerai il Signore Dio tuo con tutto il cuore, con tutta la tua anima e con tutta la tua mente » (Matteo 22,37; Marco 12,33; Luca, 10,27). Detto diversamente, torna una logica basata su un terzo, ma un terzo metafisico, trascendente. Ecco allora spiegata la ragione per cui il regno di Dio non è di questo mondo e la necessità di rendere a Cesare quello che è di Cesare e a Dio quello che è di Dio (Matteo, 22,15 ss.; Marco, 12,17; Luca, 20,25). Frasi che consacrano l'assoluta e totale separazione delle due dimensioni. Cesare, questo mondo, sono il giuridico, ed essi possono assumere la forma del diritto o della carità. Dio e il Regno dei Cieli sono il religioso, ed essi possono assumere soltanto la forma della carità "per convinzione", che tuttavia non ha nulla a che vedere con la carità giuridica, basandosi piuttosto sulla carità derivante dalla fede e dalla grazia.

B) Secondo chiarimento. Il paradigma della carità, abbia esso una prospettiva spirituale religiosa oppure giuridica è del tutto incompatibile con il paradigma del diritto. La carità religiosa è doppiamente incompatibile: incompatibile per il meccanismo in sé (« mettiti presto d'accordo con il tuo avversario mentre sei per via con lui, perché l'avversario non ti consegni al giudice e il giudice alla guardia e tu venga gettato in prigione. In verità vi dico: non uscirai di là finché tu non abbia pagato fino all'ultimo spicciolo » [Matteo, 5,25 ss.]), ma soprattutto incompatibile per la sua trascendenza, per la visione fideistica di fondo (si pensi alla parabola della zizzania [Matteo, 13,24 ss.]). La carità giuridica è incompatibile — per così dire — una sola volta, per il meccanismo.

---

(26) M. Cacciari, *Introduzione*, in M. Weber, *La scienza come professione - La politica come professione*, Milano, Mondadori, 2006, p. LII e ss.

Ecco allora che, anzitutto creano non poche perplessità quelle visioni che, muovendo non solo dal paradigma della carità, ma addirittura da una prospettiva religiosa, tentano di correggere la carità mediante il diritto. Su questa scia si muove ad esempio Papa Benedetto XVI (ma anche Lombardi Vallauri e Pizzorni ([27])), secondo cui non esiste verità senza carità, come anche non esiste carità senza verità, la quale viene poi considerata il fondamento di tutto ed identificata non solo con Dio, ma anche, e soprattutto, con i valori, finendo così per adottare una concezione che si basa per l'appunto sui valori al pari del diritto. Ed infatti, dopo aver affermato che « Dio è carità », Benedetto XVI precisa che « sono consapevole degli sviamenti e degli svuotamenti di senso a cui la carità è andata e va incontro, con il conseguente rischio di fraintenderla, di estrometterla dal vissuto etico e, in ogni caso, di impedirne la corretta valorizzazione [...]. Di qui il bisogno di coniugare la carità con la verità non solo nella direzione, segnata da San Paolo, della "*veritas in caritate*", ma anche in quella, inversa e complementare, della "*caritas in veritate*" ». Per poi concludere: « nell'attuale contesto sociale e culturale, in cui è diffusa la tendenza a relativizzare il vero, vivere in carità nella verità porta a comprendere che *l'adesione ai valori del Cristianesimo* (corsivo nostro) è elemento non solo utile, ma indispensabile per la costruzione di una buona società e di un vero sviluppo umano integrale » ([28]). Tuttavia, risulta piuttosto agevole osservare come, nel momento in cui la carità viene subordinata alla verità concepita in termini valoriali, essa è destinata a perdere tutta la sua forza, finendo così per essere nella sostanza neutralizzata.

Alla stessa stregua, porta in sé qualche contraddizione la posizione di chi, muovendo da una visione più sociale e giuridica che religiosa, individua la carità come una sorta di correttivo del diritto. In questa prospettiva sembra collocarsi Paul Ricoeur, il quale, nella consapevolezza che « l'incorporazione tenace, via via, di un grado supplementare di compassione e di generosità in tutti i nostri i codici — dal codice penale alle norme di giustizia sociale — costituisce un

---

([27]) Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 99 e ss.; R. PIZZORNI, *Giustizia e carità*, Bologna, il Mulino, 1995.

([28]) BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*, Città del Vaticano, LEV, 2009, p. 5 e ss.

compito perfettamente ragionevole, benché difficile e interminabile » (29), afferma che « questi comandamenti (del Vangelo) decisamente assurdi siano [sono] stati enunciati semplicemente nell'intento di rovesciare la nostra tendenza naturale. Si crea infatti una tensione deliberata tra il comandamento e il modo in cui viviamo, pensiamo e agiamo normalmente. Possiamo allora cogliere l'intento di questa collezione di casi estremi e di risposte estreme, che non è quello di dare una regola di prudenza applicabile senza mediazioni e alla lettera, ma di suggerire, attraverso la convergenza di alcuni esempi ben scelti, una sorta di stile, in aperto conflitto non solo con le singole azioni, ma con tutto lo stile di comportamento, nel suo insieme, che anima la vita dell'uditore » (30). Per poi concludere che, essendo per l'appunto estraneo allo spirito evangelico la pretesa di dedurre una morale ben precisa dai precetti paradossali di Gesù, « nell'ambito giuridico [...] è già positivo il fatto che, stimolati dal paradosso di Gesù, dubitiamo delle nostre opere migliori. Ma non si tratta solo di metterci in discussione: in modo più positivo, dobbiamo orientare deliberatamente la punizione nel senso della correzione piuttosto che dell'espiazione. Infatti, da quale parte si schiera il Vangelo: dalla parte della vendetta della società o della riabilitazione del colpevole? » (31). Pur apprezzando non solo lo sforzo, ma anche i risultati a cui approda questa visione, tuttavia, in argomento non si può non osservare come, da un lato, la carità non riesca minimamente a scalfire il sistema giuridico basato sul diritto, il quale, al netto di ciò che può ispirare le singole azioni di coloro che intervengono nel meccanismo (le quali possono ben essere ispirate da carità), resta nella sostanza impermeabile ad una logica autentica di carità, per la semplice ragione che, come accennato, i soggetti sono pur sempre terzi rispetto al conflitto. Dall'altro lato, il correttivo che si auspica, nel caso di specie la riabilitazione, può essere realizzato anche basandosi su una prospettiva valoriale.

Senza dubbio più coerente, la posizione di chi continua a pensare alla carità come un correttivo del diritto, ma in una logica rigorosamente religiosa. In questa prospettiva si colloca l'impostazione di Carlo Maria Martini, il quale, proprio perché si muove

(29) RICOEUR, *Amore e giustizia*, cit., p. 45.
(30) RICOEUR, *La logica di Gesù*, cit., p. 73.
(31) Ivi, p. 78.

rigorosamente nella prospettiva della carità religiosa, concepisce quest'ultima come un correttivo della giustizia basata sul valore, nella piena consapevolezza, però, che ogni tentativo resterà nella sostanza vano, perché si deve rendere a Cesare quello che è di Cesare e la giustizia divina non è di questo mondo. Detto diversamente, nella prospettiva autenticamente religiosa, lo stesso diritto costituisce una realtà "ingiusta" sul piano della carità che deve essere accettata. Martini, infatti, adottando una visione rigorosamente religiosa (« l'ideale evangelico non è punire il male, bensì cambiare il cuore, e questo è opera dello Spirito santo, non dell'uomo »), giunge ad affermare che « il vangelo non è in concorrenza col sistema giuridico, ma si allea per così dire, evidenzia un altro aspetto della medaglia, un altro momento del cammino [...] (la giustizia della croce) non pretende di costituire un sistema di diritto, ma solo di ispirare alcuni atteggiamenti di fondo, capaci di suscitare azioni e gesti intenti a lenire molte ingiustizie, a creare un po' più di giustizia, una giustizia possibile, naturalmente con quella riserva escatologica proposta dalla fede e nella quale soltanto anche Giobbe ritroverà la pace » (32).

C) Terzo ed ultimo chiarimento. Proprio perché diritto e carità sono incompatibili e da sempre si ritiene che la carità (quale essa sia) possa tutt'al più correggere la violenza del diritto, l'idea totalmente dominante che si è venuta a formare è che non vi sia alcuno spazio autonomo per la carità in ambito giuridico: nella dimensione giuridica e politica — si afferma — non può trovare alcuno spazio il Sermone della montagna. Così, da un lato, si è distinto tra la dimensione pubblica collettiva e quella intersoggettiva e privata, precisando che mentre nella prima non c'è alcuno spazio per la carità, nella seconda invece uno spazio può esistere (33). Dall'altro lato, si è affermato che il politico « non potrà mai obbedire alle "esigenze etiche assolute e acosmiche del Sermone della Montagna" o potrà strumentalizzarle soltanto » (34).

---

(32) C.M. MARTINI, *La giustizia della croce*, in C.M. MARTINI-G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, Einaudi, 2003, p. 62 e ss.; ID., *Il discorso della montagna*, Milano, 2006, p. 54 e ss.

(33) SCHMITT, *Il concetto di politico*, cit., p. 112.

(34) CACCIARI, *Introduzione*, cit., p. L.

Si tratta di affermazioni che tuttavia si può tentare di precisare meglio. La prima coglie senz'altro nel segno, in quanto non c'è alcun dubbio che la carità riguarda il rapporto tra singoli soggetti, tuttavia c'è da chiedersi se la stessa dimensione collettiva non possa creare spazi all'interno dei quali si lascia che gli individui si confrontino direttamente. In altri termini, il concetto di pubblico da cui si muove è un concetto monoliticamente, assolutamente, tirannicamente collettivo che non lascia alcun margine a luoghi direttamente dialogici tra singoli individui.

Per quanto riguarda la seconda, è vero che il Sermone della montagna in una prospettiva religiosa spirituale non può trovare alcuno spazio nella dimensione giuridica e politica non solo perché, dalla prospettiva religiosa "il mio regno non è di questo mondo", ma anche perché, dalla prospettiva politica, la logica religiosa impone l'adesione a una etica della convinzione pura. D'altra parte è qui e "soltanto" qui che sta l'incompatibilità e la separazione. Detto diversamente, la separazione tra il Sermone della montagna ed il mondo dipende dalla decisione (vocazione) religiosa ultraterrena orientata alla vocazione pura, non dal contenuto della carità che può entrare nelle dinamiche del politico. In sostanza, la decisione politica se da un lato riconosce sempre la forza come possibile mezzo ultimo, dall'altro lato, a ben vedere, può riconoscere anche l'amore come possibile mezzo ultimo. La convinzione dell'eroe politico sta in insanabile contrasto non con la fiamma dell'amore, ma con quella del dio-amore. La logica del santo è etica della convinzione, ma la logica della carità non è necessariamente etica della convinzione, potendo essere anche etica della responsabilità. Etica della responsabilità ed etica della convinzione vengono spesso concepite sulla base di un contesto in cui il mezzo per realizzare la giustizia è sempre e solo la forza violenza. Da qui una inevitabile tendenza a identificare l'etica della convinzione come contrapposta alla forza e l'etica della responsabilità come forza sempre possibile. Ovvero: il mezzo della carità è sempre necessariamente inquadrato nella logica della convinzione, con la conseguenza ulteriore che convinzione e carità si vengono a identificare. Tuttavia, a me pare che forza e carità siano due strumenti rispetto ai quali può esservi convinzione e responsabilità. Ancora: le due città che Weber contrappone sono le città di Dio e dell'uomo, la prima basata sull'amore che ha debellato le forze

del maligno, la seconda basata anche sulla forza del maligno, ma non necessariamente soltanto su tale forza, potendo il Discorso della montagna risuonare anche in questo mondo.

7. *Sussidiarietà: un possibile rapporto tra carità e diritto.*

Ma come può trovare spazio il paradigma della carità nel nostro mondo giuridico? Quando e come il paradigma della carità può rappresentare un'alternativa a quello del diritto e della sua forza/valore?

Per quanto riguarda il conflitto c.d. potenziale, così com'è possibile far valere la pretesa, esiste anche la possibilità di non farla valere, di assumere un atteggiamento non di forza, ma — come direbbe Simone Weil — di debolezza, anche in vista di una possibile riconciliazione.

Più articolato il discorso per quanto riguarda il conflitto attuale. Come accennato, qui si tratta di creare spazi all'interno dei quali sia possibile un dialogo immediato e diretto tra i soggetti. In questa prospettiva non c'è dubbio che assumono una rilevanza fondamentale i procedimenti di conciliazione, i quali possono essere concepiti in due modi diversi. Da un lato, si può aprire la possibilità di un "contenzioso" a due interamente risolutivo della controversia. In questa prospettiva si muovono soprattutto procedimenti arcaici o comunque antichi sparsi nel mondo, che il monopolio statale non ha mancato di cancellare nel tempo. Un esempio è offerto dal *ryb* presente nella cultura giuridica ebraica ([35]). Dall'altro lato, il procedimento di riconciliazione può essere concepito come sussidiario al diritto, nel senso che si induce alla riconciliazione "minacciando" il punitivo. Questo meccanismo consentirebbe di spingere nella direzione dell'obiettivo della riconciliazione sotto la minaccia dell'utilizzo della giurisdizione.

Non c'è dubbio che quest'ultima soluzione non sarebbe esente da critiche, tuttavia, non insuperabili. Anzitutto, si potrebbe obiettare che non è possibile una vera e propria riconciliazione in

---

([35]) In argomento cfr. P. BOVATI, *Ristabilire la giustizia*, Roma, Ed. Pontificio Ist. Biblico, 2005, p. 19 e ss.; G. ZAGREBELSKY, in MARTINI-ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, cit., p. 30 e ss.

presenza di una minaccia punitiva. D'altra parte si tratta di un'obiezione che omette di considerare che la riconciliazione è un procedimento il cui esito non è mai scontato, né prevedibile. Detto diversamente, una certa costrizione viene esercitata al momento dell'attivazione del procedimento di riconciliazione, la quale può avvenire anche sulla base di calcoli utilitaristici, ma decisivo sarà comunque l'andamento sostanziale di questo procedimento che pone autore e vittima l'uno davanti all'altro.

Inoltre, si potrebbe osservare che strumenti che dovrebbero essere alternativi, in realtà si rivelano nella sostanza succedanei, in quanto si trovano in un rapporto di sostanziale equivalenza funzionale. Tuttavia a questa obiezione si può rispondere notando come « la riconciliazione rappresenta, quanto a struttura e ad orientamento teleologico, un modello *autonomo* di giustizia, che può interagire con il diritto penale proprio *entrando* in esso » (36). Detto diversamente, se la mediazione è posta al di fuori del sistema del diritto si viene a perdere del tutto l'ancoraggio tra il disvalore del fatto e la risposta alternativa, con la conseguenza che più che risolvere il conflitto si ha una sorta di privatizzazione dello stesso e quindi con la conseguenza ulteriore che la riconciliazione finisce per perdere quel significato di pacificazione sociale che ha in una prospettiva giuridica. Se invece la riconciliazione è collocata all'interno del sistema del diritto la sua realizzazione permette di conseguire effetti di stabilizzazione e pacificazione sociale che trascendono la dimensione meramente privata.

Infine, si potrebbe obiettare che sorgono non pochi rischi per le garanzie del reo, allorquando il soggetto si sottopone al processo di riconciliazione e tuttavia viene negato il perdono risultando quindi suscettibile di punizione, e ciò perché durante il procedimento di riconciliazione potrebbero essere stati raccolti elementi utili per sostenere un'accusa nel successivo giudizio. D'altra parte, siffatti problemi sono già stati posti e sostanzialmente risolti dalla disciplina della Commissione per la verità e riconciliazione sudafricana, la quale ha previsto la non utilizzabilità degli elementi raccolti durante le assemblee pubbliche di riconciliazione.

---

(36) C.E. Paliero, *La mediazione penale*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 139 e ss.

8. *Carità, verità/responsabilità, riconciliazione.*

Per concludere non si può fare a meno di osservare come il paradigma della carità/riconciliazione, se, da un lato, prescinde da una verità valoriale o, comunque, a seguito dell'apertura del conflitto, sospende la validità di tale verità, dall'altro lato, tuttavia, non può ignorare un'altra verità, quella degli accadimenti e delle responsabilità.

Se infatti è vero che un sistema di convivenza necessita sempre di una base comune condivisa e condivisibile sulla quale instaurare e rigenerare l'incontro, è anche vero che tale base, costituente una sorta di precondizione di qualsiasi rapporto, è offerta dal reciproco riconoscimento della realtà degli avvenimenti storici così come si sono effettivamente verificati, tra i quali assume una rilevanza essenziale l'eventuale riconoscimento di responsabilità. La verità dei fatti nella forma del riconoscimento delle responsabilità (anche reciproche) diviene quindi il valore fondamentale sul quale ricostruire la possibile convivenza. Senza tale riconoscimento ci potrà essere comunque carità e perdono individuali, ma mancherà la possibilità di un'autentica riconciliazione. E non è un caso che l'attuale Papa Francesco nelle sue prime omelie abbia insistito molto sulla capacità non solo di perdonare, ma prima ancora di chiedere perdono (37).

(37) *Angelus*, 17 marzo 2013.

ERNESTO DE CRISTOFARO

LO SPECCHIO DI BEHEMOTH
CINEMA, POLITICA, DIRITTO ALL'OMBRA DEL NAZISMO

> La riproducibilità tecnica dell'opera d'arte modifica il rapporto delle masse con l'arte [...]. Il convenzionale viene goduto senza alcuna critica, ciò che è veramente nuovo viene criticato con ripugnanza. Al cinema l'atteggiamento critico e quello del piacere del pubblico coincidono. Dove il fatto decisivo è questo: in nessun luogo più che nel cinema la reazione dei singoli, la cui somma costituisce la reazione di massa del pubblico, si rivela preliminarmente condizionata dalla loro massificazione. Appena si manifestano, si controllano.
>
> W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica* (1936).

> È il luogo della macchina, il buio in cui nasce la più esibita e luminosa (*Lumière*) delle macchinazioni e cospirazioni della storia. Si può tentare di indirizzarne la forza, la terribile comunicazione alla velocità della luce. Si possono rifare continuamente i conti anche col film della propria vita [...]. Ma il totale non torna. La verità (ventiquattro volte al secondo) *sfuma*.
>
> E. GHEZZI, *La verità sfumata*, prefazione a L. RIEFENSTAHL, *Stretta nel tempo. Storia della mia vita* (2000).

1. Premessa: cinema e umori collettivi tra Weimar e Hitler. — 2. La funzione politica dell'arte. — 3. L'arma cinematografica: propaganda, legislazione e censura. — 4. Immagini di potenza, miti di purezza. — 5. Documentare l'irrappresentabile: immagini della Shoah in un'aula di giustizia. — 6. Epilogo: i casi giudiziari Harlan e Riefenstahl.

1. *Premessa: cinema e umori collettivi tra Weimar e Hitler.*

Alcuni anni prima che il nazismo conquistasse il potere e cambiasse il volto politico e sociale della Germania, la produzione cinematografica cominciò ad attestare la presenza nel Paese di sentimenti diffusi di ansia, timore verso il futuro, sfiducia verso i detentori dell'autorità. Tale condizione psicologica, generata in larga misura dai postumi, anche simbolici, della cocente sconfitta bellica e da una pervasiva instabilità istituzionale ed economica che si protrasse lungo tutto il decennio successivo, affiora nettamente in alcune delle pellicole più rappresentative di questa stagione culturale.

Molti dei film realizzati tra gli anni venti e trenta dai maggiori cineasti hanno al centro una riflessione sulla violenza e sulla sua strumentalità nella costruzione gerarchica dello spazio pubblico. In particolare, sul modo in cui la passività, l'apatia, la paura possano, in condizioni di caos e disorientamento generale, favorire il formarsi di regimi autocratici ed oppressivi. Nel *Dott. Caligari* (*Das Cabinet des Dr. Caligari*, 1920) di Robert Wiene, si racconta la storia di un intrattenitore circense che si serve di un sonnambulo per stupire il pubblico, alle cui domande sul futuro, questo risponde con inquietante precisione. Si scoprirà, poi, che l'intrattenitore, Caligari, è uno psichiatra privo di scrupoli che, ipnotizzando il sonnambulo Cesare, lo spinge nottetempo a commettere molteplici omicidi. Il film sollecita una riflessione sugli effetti tragici delle azioni di chi detiene una forza considerandola priva di limiti. Secondo Siegfried Kracauer, Caligari: « rappresenta l'autorità illimitata che idolatra il potere in quanto tale e, per soddisfare la sua smania di dominio, viola spietatamente ogni diritto e valore umano » (1).

Tuttavia, in questo caso il racconto si divide ancora tra la disillusione e il desiderio di scongiurare certi scenari e di vedere, nonostante tutto, prevalere la verità, la giustizia, il bene. Questa stessa resistenza sembra fagocitata dalle visioni spaventose evocate da lavori successivi. In *Nosferatu* (1922) di Friedrich W. Murnau, il mito di Dracula viene riletto in una cornice apocalittica. Il vampiro

---

(1) S. KRACAUER, *Da Caligari a Hitler. Una storia psicologica del cinema tedesco* (1947), ed. it. a cura di L. Quaresima, Torino, Lindau, 2001, p. 112.

è portatore di morte endemica, la sua ombra aleggia sinistramente su spazi remoti tra cui si sposta repentinamente, ovunque egli arrivi è la rovina.

> Nosferatu — scrive ancora Kracauer — [...] è una figura di tiranno assetato di sangue e che succhia sangue, vagante in quelle sfere dove miti e fiabe si incontrano. È molto sintomatico che in quel periodo la fantasia tedesca, da qualunque punto partisse, finisse sempre per gravitare verso personaggi del genere, quasi spinta irresistibilmente da odio-amore (2).

In *Vanina* (1922) di Arthur von Gerlach, ispirato a un racconto di ambientazione risorgimentale di Stendhal, protagonista è la figlia di un dignitario del re che — a causa di un temperamento sadico che scaturisce da un difetto fisico e da un conseguente senso di inferiorità — amministra il potere affidatogli in modo dispotico, terrorizzando il popolo. Nel film si avverte un'incombente atmosfera di persecuzione, espressa da sequenze in cui chi cerca di sottrarsi al giogo del tiranno imbocca costantemente vie che sbucano su vicoli ciechi (3). Un film uscito nello stesso anno, *Il dottor Mabuse* (*Dr. Mabuse, der Spieler*), fu definito dal suo autore, il regista Fritz Lang, un « documento del mondo attuale » (4). Esso narra la storia di un uomo perverso che, a capo di una banda di fuorilegge e approfittando della propria capacità di ipnotizzare le vittime, terrorizza la società mutando continuamente fisionomia, in modo da non essere mai identificabile. Mabuse, cui una sequenza offre un dettaglio degli occhi che fissano il pubblico a schermo pieno, incarna la relazione tra caos e tirannide in un momento storico in cui la società appare particolarmente indifesa ed esposta ai sortilegi di avventurieri in cerca di gloria: « il caos, cioè, genera tiranni come Mabuse che dal

---

(2) Ivi, p. 129.

(3) Kracauer osserva, peraltro, che se la connessione tra costituzione fisica e condotta morale « non avesse toccato qualche corda nei tedeschi » essa non sarebbe stata oggetto di particolare attenzione, *Da Caligari*, cit., p. 130. Valutazione che richiama quella espressa pochi anni prima da Curzio Malaparte che, in proposito, scrive: « Ciò che muove il tedesco alla crudeltà, agli atti più freddamente, più metodicamente, più scientificamente crudeli, è la paura. La paura degli oppressi, degli inermi, dei malati, la paura dei vecchi, delle donne, dei bambini, la paura degli ebrei », *Kaputt* (ed. or. 1942), Milano, Adelphi, 2009, p. 103.

(4) Kracauer, *Da Caligari*, cit., p. 131.

canto loro speculano sul caos » (5). Elementi convergenti con quelli descritti tornano in film successivi di Lang: la meccanizzazione moderna della vita sociale con conseguente deresponsabilizzazione dell'individuo in *Metropolis* (1927), la lotta tra bande, una delle quali capeggiata da una spia dall'identità mutevole come *Mabuse*, sullo sfondo di un mondo frenetico e caotico in *Spione* (1928) (6). Ma saranno due pellicole dei primissimi anni trenta a far sporgere, per l'ultima volta, la coscienza tedesca sull'orlo del precipizio in cui la nazione sarebbe sprofondata di lì a poco, trascinandovi le più elementari regole dell'agire comune e principi morali laboriosamente forgiati: *L'angelo azzurro* (1930) di Joseph von Sternberg e *M* (1931) di Fritz Lang. Nel primo si racconta la storia di un severo professore di scuola di una piccola città che si invaghisce di una ballerina, la quale in breve tempo lo domina al punto da indurlo ad esibirsi su un palcoscenico nell'imitazione del canto del gallo. Divenuto lo zimbello dei suoi concittadini — primi fra tutti i suoi ex-allievi —, in un momento di rabbia cerca, senza riuscirci, di uccidere la sua amante e, infine, torna malinconicamente alla sua scuola dove muore da solo. Il film contiene un'esplicita denuncia dell'attrazione delle masse verso la degradazione e il sadismo e dei rischi che ciascuno corre quando lascia prevalere forze irrazionali sino alla sottomissione. Esso, per Kracauer

> sembra contenere un avvertimento, perché questi personaggi del cinema anticipano quanto doveva accadere qualche anno dopo nella vita reale. I ragazzi sono giovani hitleriani nati e la trovata del chicchirichì è un modesto contributo a una serie di trovate simili, se non più ingegnose, molto in uso nei campi di concentramento nazisti (7).

Nel secondo, lo spunto è offerto da un fatto di cronaca: il caso del famigerato "mostro di Düsseldorf", un individuo condannato a morte nel 1931 come reo confesso di numerosi omicidi commessi negli anni precedenti, tra i quali quelli di alcuni bambini e adolescenti. Dopo lunghe ricerche, nella cornice di una città attanagliata dall'angoscia, la polizia identifica il colpevole. Si tratta di un uomo

---

(5) Ivi, p. 133.
(6) Ivi, pp. 202-204.
(7) Ivi, p. 280.

apparentemente mite e irreprensibile, sebbene emerga che nel passato egli era stato ricoverato in manicomio. Caratterialmente, « una fortuita miscela dell'assassino abituale e del piccolo borghese sottomesso » (8). Tanto più inquietante perché dimostra che il male ha, spesso, le sembianze più consuete e indossa gli indumenti più ordinari e che esso può dilagare alla semplice condizione che soggetti banali e remissivi non siano, di colpo, più in grado di frenare i loro istinti più opachi (9).

Altri film negli anni seguenti mostreranno la correlazione fra attualità politico-sociale e creazione artistica. Alcuni sulla falsariga dei lavori qui richiamati — come nel caso de *Il testamento del dottor Mabuse* (1932), seguito, fortunosamente distribuito, del precedente lavoro di Lang (10) —, altri insistendo su motivi legati all'epica nazionale, all'anelito di rivincita militare alimentato dal ricordo dell'ostilità tra Prussia e Francia napoleonica o alle sorti della prima guerra mondiale, come nel caso di *Montagne in fiamme* (1931), *Il ribelle* (1933), *L'inferno dei mari* (*Morgenrot*, 1933). Quest'ultimo, forse non del tutto casualmente, distribuito il 2 febbraio 1933, giorno successivo a quello della nomina di Hitler a Cancelliere del *Reich*.

In generale, il cinema mostra di essere uno snodo centrale della vita culturale. Non un semplice passatempo, ma la sede nella quale vengono trasposti in immagini i motivi che attraversano in profondità la vita collettiva, una lanterna magica che riflette e proietta le tendenze e le percezioni più remote. Sulla relazione tra profezie, attese, allucinazioni e realtà effettuale dopo l'avvento di Hitler, Kracauer commenta:

---

(8) Ivi, p. 284.

(9) La storia suggerisce anche domande sull'idoneità di uno Stato non sufficientemente poliziesco e repressivo a prevenire certi delitti. Cfr. B. EISENSCHITZ, *Storia del cinema tedesco. Dalle origini alla riunificazione*, (1999; trad. it. di F. Sorba), Torino, Lindau, 2001, p. 77.

(10) « Nel 1922, la volontà di dominio di Mabuse si limitava a una manipolazione personale. Questa volta Lang gli fa dire: "Lo Stato, sono io". Alla fine un disoccupato e un poliziotto assistono all'incendio attizzato dal dottore, che vuole appoggiare il proprio potere sul regno del crimine. Secondo uno dei censori: "Per gli elementi comunisti, potrebbe essere un vero e proprio manuale di preparazione e di esecuzione di atti terroristi". Il messaggio antinazista è stato formulato a posteriori dal regista, ma l'ancoraggio contemporaneo è incontestabile, anche se per lui [...] il campo sovversivo non era necessariamente delineato », ivi, pp. 81-82.

> la Germania realizzava così quanto il suo cinema aveva anticipato fin dagli inizi, importanti personaggi dello schermo presero vita reale. Sogni incarnati di menti timorose della libertà, vissuta come uno shock fatale, e continuamente tentate dall'adolescenza, questi personaggi affollavano le scene della Germania nazista. [...] autoelettisi Caligari spingevano migliaia di Cesari all'assassinio; pazzi Mabuse commettevano impunemente incredibili delitti [...]. Giorno e notte milioni di piedi marciavano per le vie della città, e lungo le grandi strade le fanfare militari suonavano senza posa, e i filistei dei polverosi salotti si sentivano molto euforici. Battaglie infuriavano e vittorie seguivano a vittorie. Tutto era come era stato sullo schermo. E anche gli oscuri presentimenti di una catastrofe finale si realizzarono (11).

2. *La funzione politica dell'arte.*

La circolazione attraverso il cinema di idee che esprimono lo spirito del tempo della Germania di inizio Novecento evidenzia il forte radicamento di questa forma artistica, benché la più giovane di tutte, e la sua attitudine a raccordare la filiera emotiva della moltitudine di cittadini spettatori ed elaborarne la trama nel suo linguaggio di suoni e immagini. Ma volgendo lo sguardo all'indietro, verso i primi passi dell'industria filmica tedesca, è possibile osservare come il legame cinema-masse popolari fosse parte di un progetto pedagogico di larga scala attentamente studiato.

Verso la fine della prima guerra mondiale, e segnatamente dopo l'ingresso degli Stati Uniti nel conflitto, la Germania avvertì la necessità di far fronte a una marea crescente di film di propaganda antitedesca. Fu l'alto comando delle forze armate a promuovere la nascita, all'inizio del 1917, del *Bufa* (*Bild und Filmamt*, ente per le immagini e i filmati) per tenere il passo della guerra psicologica condotta dalle pellicole americane i cui effetti si rivelavano non meno nocivi di quella combattuta nelle trincee. Nel dicembre dello stesso anno, sorse l'*Ufa* (*Universum Film Aktion Gesellschaft*, Società per azioni Universum Film), una società a capitale misto, con una forte partecipazione pubblica, costituita per fare pubblicità alla Germania secondo le direttive del Governo.

> Quando ordinarono la fondazione dell'Ufa — ricorda Kracauer — i signori della guerra tedeschi diedero l'avvio ad attività che nei paesi democratici nascono dalla pressione dell'opinione pubblica. Per quanto addomesticata

(11) KRACAUER, *Da Caligari*, cit., p. 333.

> possa essere questa opinione, essa conserva una certa spontaneità, che nessun governo democratico può permettersi di trascurare [...]. Le direttive tedesche sulla propaganda cinematografica non erano influenzate da simili considerazioni dei sentimenti popolari; dettate dalle necessità della guerra, si basavano esclusivamente sul parere di esperti. Le autorità tedesche erano perfettamente convinte che l'opinione pubblica si potesse foggiare a piacimento (12).

In sostanza, l'atto di nascita del cinema tedesco, inteso quale industria dell'intrattenimento e quale veicolo estetico di senso comune e di parole d'ordine, è largamente intrecciato alla dimensione politica. Walter Benjamin scrive che il fascismo ha generato una tendenza all'estetizzazione della vita politica. L'organizzazione delle masse passa, cioè, per l'espressione di un sentimento comune di appartenenza sapientemente fabbricato attraverso una retorica martellante e mezzi tecnici ad essa strumentali: « Alla violenza esercitata sulle masse che vengono schiacciate nel culto di un duce, corrisponde la violenza da parte di un'apparecchiatura di cui esso si serve per la produzione di valori cultuali » (13). Ma nella storia tedesca di inizio ventesimo secolo sono già presenti, sotto questo aspetto, elementi che il regime nazista recepirà, rafforzerà, enfatizzerà ma non creerà dal nulla.

L'ideologia nazista, così come enunciata nei documenti del partito e chiarificata direttamente da Hitler, non trascura il ruolo strategico dell'arte. L'articolo 23 (lettera c) del programma del partito nazista del febbraio 1920 recita: « Noi chiediamo che la legge combatta l'insegnamento letterario e artistico che esercita un'influenza disgregatrice sulla nostra vita nazionale ». Al simposio culturale tenutosi nella giornata del partito del 1933, Hitler richiama l'arte al compito di manifestare l'essenza profonda del popolo, i suoi caratteri distintivi, in modo che nelle forme in cui essa si esprime ciascuno di coloro che ne fanno parte possa riconoscersi come membro della stessa comunità: « Non ogni Greco avrebbe potuto costruire un Partenone. Ma, giacché un Greco aveva costruito tale

---

(12) Ivi, p. 85.

(13) W. Benjamin, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica* (1936), in Id., *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica. Arte e società di massa*, trad. it. di E. Filippini, Torino, Einaudi, 2000[3], p. 46.

capolavoro, tutti sapevano che esso era la più potente, perché la più magnifica, proclamazione dell'essenza e dello spirito grechi » (14).

Ogni razza ha, infatti, « la propria scrittura nel libro dell'arte » (15) e questa impronta specifica va difesa contro le « tendenze spirituali anarchiche » (16) di elementi estranei che non sono in grado di condividere le medesime forme espressive in quanto non condividono ciò che ne costituisce il sostrato biologico e storico. In taluni casi, poi, si ha a che fare con agglomerati spuri, come l'ebraismo, che sono « assolutamente senza capacità artistico-produttive » (17).

In definitiva, compito dell'arte è presidiare i confini dello spazio culturale nazionale, scongiurando infiltrazioni, commistioni, contaminazioni. Un ruolo che si inserisce in un più ampio e complessivo disegno, definito di volta in volta "controllo totale" o "sincronizzazione" (*Gleichshaltung*) della vita politica. Un'attività che comincia col conferire al governo poteri di intervento illimitati pressoché in ogni campo, attraverso il *Decreto per alleviare il disagio del popolo del Reich* emanato il 24 marzo 1933 (18) e che si estende a macchia d'olio verso ogni ambito colonizzabile, compresi quelli della cultura e della propaganda che, in siffatta dimensione, finiscono fatalmente per coincidere.

> Attraverso la sua sincronizzazione di tutte le attività culturali — scrive Neumann — il nazionalsocialismo sottopone il popolo tedesco a incessanti tensioni. L'insistenza sull'attivismo in luogo del pensiero significa che gli uomini non dovrebbero mai avere la libertà e il tempo di riflettere da soli. L'azione senza pensiero è possibile solo se è diretta e controllata, a eccezione di brevi periodi di spontaneità di massa. Ma se è così incanalata, diviene una pseudoazione poiché non è l'uomo che agisce bensì un apparato burocratico. Questa è la tecnica del nazionalsocialismo: fare apparire l'azione di un apparato autoritario come l'attività spontanea delle masse [...]. Le cose accadono, non sono fatte. Il fato, la provvidenza, le forze naturali oggettive producono le cose: le vittorie tedesche. La perdita del ruolo attivo dell'uomo

---

(14) A. HITLER, *Die deutsche Kunst als stolzeste Verteidigung des deutschen Volkes*, München, Franz Eher, 1934, p. 9.

(15) Ivi, p. 8.

(16) Ivi, p. 11.

(17) Ivi, p. 8.

(18) Cfr. F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942), trad. it. di M. Baccianini, Milano, Bruno Mondadori, 1999, p. 60.

> nella società è espressa in un linguaggio che nega l'attività e sottolinea l'impersonalità [...] (19).

Stanti le sue potenzialità tecniche, il cinema assume rapidamente un ruolo di primaria importanza nel quadro della coordinazione delle attività culturali. Ma, come detto, tale ruolo viene ideologicamente allineato ai capisaldi militaristici e razziali della nuova Germania, in modo che temi principali dell'educazione che si propina alle masse siano la potenza del terzo *Reich* e la difesa dalle minacce alla purezza razziale della comunità, che della prima è condizione necessaria. Negli anni precedenti, e al di là della congiuntura bellica e delle esigenze da essa dettate, si era venuta sviluppando una regolazione legale dell'attività filmica che, talora in combinato disposto con il Codice penale, aveva stabilito su quali binari dovessero muoversi registi e produttori. Di "film come oggetto criminale" si parla in saggi scientifici che passano in rassegna le possibilità che un film ha di contravvenire all'ordine morale e legale della nazione e che illustrano come, onde evitarlo, il legislatore avesse affiancato alle norme penali una legge organica sulla materia cinematografica, la legge del cinema (*Lichtspielgesetz*) del 12 maggio 1920.

Tale legge puntava a imporre che il cinema trattasse con il dovuto riguardo un insieme di argomenti dalla cui descrizione il prestigio dello Stato e dell'autorità avrebbero potuto essere toccati. Alla preoccupazione di evitare la circolazione di materiale pornografico o che offendesse la sfera religiosa, già all'origine di disposizioni penali, si associava il bisogno di tutelare alcune figure depositarie della credibilità delle istituzioni: la polizia, i giudici, la pubblica amministrazione. Un film che avesse narrato senza l'appropriata solennità l'esecuzione capitale di un condannato, che avesse potuto determinare dubbi sull'efficienza della polizia a risolvere un delitto, che avesse descritto in termini frivoli e benevoli un malvivente attirando verso di lui, piuttosto che verso i rappresentanti della

---

(19) Ivi, pp. 478-479. Di "livellamento" nel campo delle idee e delle forme espressive parla anche H. Brenner in *La politica culturale del nazismo* (1963), trad. it. di E. Collotti, Bari, Laterza, 1965, pp. 58-60. Un classico degli studi sui rapporti tra politica e arte sotto il Terzo Reich che, tuttavia, trascura l'ambito cinematografico.

legge, le simpatie e l'immedesimazione del pubblico, sarebbe stato passibile di censura (20). Naturalmente, questo non poteva impedire che, allusivamente o metaforicamente, i lavori di alcuni autori proponessero contenuti critici sul potere in generale. Ma quello che avviene con il nazismo rappresenta un salto di qualità: un'intromissione dirigistica nella gestione della produzione e fruizione cinematografica a tutti i possibili livelli e una bonifica razziale di questo campo artistico in ossequio ai dettami della filosofia ariana.

3. *L'arma cinematografica: propaganda, legislazione e censura.*

Joseph Goebbels viene nominato Ministro dell'istruzione popolare e della propaganda il 13 marzo 1933, il 23 marzo un voto quasi unanime del *Reichstag* conferisce a Hitler pieni poteri (il giorno successivo viene emanato il summenzionato decreto sulla *Gleichshaltung*), il 28, nel corso di un incontro con i produttori cinematografici, Goebbels invita il mondo dell'industria filmica a ristabilire su basi sane — la patria tedesca, la natura germanica — il cinema nazionale (21). Nei mesi successivi, l'allusione contenuta in questa dichiarazione di intenti venne esplicitata: a partire da luglio, in virtù dell'*Arierparagraph* (introdotto all'inizio di aprile limitatamente al settore del pubblico impiego), gli ebrei vennero totalmente estromessi da ogni attività riconducibile alla produzione cinematografica e i lavoratori che avessero voluto occuparsi di film a qualunque titolo e livello avrebbero dovuto provare di essere di pura discendenza ariana sino ai rispettivi nonni.

Ma, oltre al bando imposto ai lavoratori "razzialmente impuri", il regime introduce un'articolata regolazione dell'attività cinematografica allo scopo di vigilare su tutte le fasi evolutive della creazione di film: dalla stesura del copione, alle riprese, alla distri-

---

(20) Cfr. E. SEEGER, *Film als kriminelles Objekt*, in *Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen Strafrechtlichen Hillswissenschaften*, hrsg. von A. Elster und H. Lingemann, Erster Band, Berlin - Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1933, pp. 419-428. Per una panoramica, ampia e trasversale, sulla legislazione tedesca in materia di istruzione e beni culturali tra diciannovesimo e ventesimo secolo si veda T. OPPERMANN, *Kulturverwaltungsrecht: Bildung, Wissenschaft, Kunst*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1969.

(21) Cfr. D.S. HULL, *Il cinema nel terzo Reich. Studio sul cinema tedesco degli anni 1933-1945* (1969), trad. it. di G. Guala, Roma, Cinque Lune, 1972, p. 31.

buzione e pubblica proiezione. Solo una piccola percentuale — grossomodo uno su quattro — dei film prodotti negli anni del nazismo (circa 130-150 l'anno, in totale) erano apertamente propagandistici. Questo al fine di invogliare le persone ad andare al cinema e spendervi soldi senza il timore di ritrovarsi di fronte una produzione monotona e ripetitiva (22). In tali condizioni, diveniva necessario sincerarsi che le opere che venivano a contatto con il pubblico fossero, comunque, in linea con l'orizzonte culturale nazista.

Questa preoccupazione, estesa a tutti i campi dell'arte, determinò, tra luglio e settembre 1933 (23), la nascita di una "Camera culturale del Reich" (*Reichskultur-kammer*) con funzioni di coordinamento dei settori musicale, letterario, giornalistico, radiofonico, delle arti figurative, teatrale e cinematografico (24). All'interno di ciascuno di essi si stabilì uno specifico organismo per presiedere al lavoro dei relativi rami professionali. La *Filmkammer*, in particolare, fu suddivisa in « amministrazione generale, polizia della politica e della cultura, supervisione artistica della produzione cinematografica, gestione dell'industria, teatri di posa, tecnica cinematografica, commissioni professionali, film di propaganda e culturali » (25). In una rivista giuridica, un articolo che analizza organicamente la questione ricorda che la "Camera del cinema" era stata la prima a organizzare il proprio ambito professionale e le iniziative dei suoi aderenti in modo che fossero respinti gli artisti stranieri, eliminata l'influenza non ariana e riconosciute le esigenze popolari e razziali nella creazione artistica tedesca (26).

Con la "Camera cinematografica" si decreta la statalizzazione del cinema tedesco. Essa svolge funzioni di intermediazione tra tutti i gruppi professionali che operano nel campo e tra questi e le

---

(22) Ivi, p. 52.

(23) La legge istitutiva della Camera della cultura risale al 22 settembre 1933, ma ordinamenti provvisori dei diversi compartimenti la precedettero. Quello del cinema, primo fra tutti, il 14 luglio.

(24) Sulla *Reichsmusikkammer* si veda il recente saggio di N. Montenz, *L'armonia delle tenebre. Musica e politica nella Germania nazista*, Milano, Archinto, 2012.

(25) Hull, *Il cinema*, cit., p. 43.

(26) Cfr. B. Pfennig, *Das neue Filmrecht*, in « Deutsches Recht », 5 (1935), p. 371.

autorità pubbliche di diversa scala territoriale: *Reich*, *Länder*, comuni. Nessuno che voglia esercitare attività comunque collegate al cinema può farlo se non risulta iscritto alla *Reichsfilmkammer*: produttori, direttori di produzione, registi, sceneggiatori, compositori, direttori musicali, musicisti, architetti, cameramen, tecnici del suono, attori principali e secondari, comparse, esercenti di locali. Tutti devono essere registrati perché, non solo la proiezione di un film può essere vietata se il produttore non può provare che tutti i partecipanti siano membri della *Filmkammer*, ma chi svolge un lavoro che rientri tra quelli sottomessi alla direzione della "Camera" senza esservi iscritto è passibile di sanzioni, anche di importo molto elevato (27).

Questo organismo è posto alle dipendenze del Ministro della propaganda, il suo presidente, il vicepresidente e i consiglieri rispondono direttamente a Goebbels, che a sua volta dirige la "Camera culturale del *Reich*", contenitore di tutte le strutture pubbliche impegnate nella comunicazione, nelle arti recitative e visive, nella musica. Per garantire un più intenso raccordo tra governo e *Filmkammer*, nel consiglio direttivo di questa siedono anche due commissari nominati dal Ministro dell'economia e da quello della propaganda. Nell'annunciare il suo programma d'azione Goebbels aveva affermato che vi sarebbero state due possibilità di battere i nemici interni dello Stato: o utilizzare le mitragliatrici sino al momento in cui essi avrebbero riconosciuto la superiorità di queste armi; oppure, trasformare la nazione attraverso una rivoluzione dello spirito e, così facendo, avere la meglio sui nemici senza bisogno di distruggerli (28).

L'annessione del campo cinematografico da parte del regime

---

(27) Cfr. E. SEEGER, *Der Film im nationalsozialistischen Staat*, in *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, hrsg. von H. Frank, Franz Eher, München, 1935, pp. 533-534.

(28) Cfr. H. HOFFMANN, *The triumph of propaganda. Film and nationalsocialism 1933-1945* (1988), translated by J.A. Broadmin and V.R. Berghahn, Providence-Oxford, 1996, p. 90. Orizzonte di conflitto che, com'è noto, non limitò affatto il ricorso alla "mitragliatrice". Sul punto, si vedano: E. TAYLOR, *The strategy of terror*, New York, Pocket Books, 1942; E. KOGON, *Der SS-Staat: das System der deutschen Konzentrationslager*, Frankfurt a. M., Europäische Verlaganstalt, 1946.

rientra pienamente in questa rivoluzione dello spirito giacché, come osserva uno studioso della materia:

> il film è una componente importante dell'attività culturale tedesca [...] il nuovo Stato, come nessun governo prima, ha riconosciuto il significato del film come bene culturale e come strumento di propaganda. Partito e governo, condotti dal Ministro del *Reich* per l'istruzione popolare e la propaganda si sono con successo sforzati di ricostruire l'industria già presente e creare una nuova industria cinematografica. Solo un'industria tedesca ripulita nel corpo e nella mente, economicamente sana e pari a quella straniera può rendere giustizia alle esigenze del nuovo Stato ([29]).

Gli aspetti organizzativi o l'esclusione di soggetti estranei alla nazione non esauriscono le modalità di ingerenza della politica sulla cinematografia. Il 16 febbraio 1934 il governo emana un decreto, destinato a integrare o sostituire la *Lichtspielgesetz* del 1920, che disciplina la censura e crea una banca di Stato per finanziare il cinema, la *Filmkreditbank*. Quest'ultima fu gradita ai produttori che, a causa di un certo appiattimento tematico e livellamento ideologico interno, cominciavano a soffrire la concorrenza del cinema americano, mentre le norme sulla censura realizzarono una fortissima restrizione dei residui spazi creativi e resero sensibilmente più macchinosa la preparazione di nuovi lavori.

Si stabilì che ogni copione, sceneggiatura, soggetto o manoscritto destinato a costituire l'ossatura di un film sarebbe stato preventivamente visionato da un *Filmdramaturg*. Questi avrebbe provveduto ad eliminare qualunque elemento in contrasto con lo Stato e, successivamente, ad opera terminata essa sarebbe di nuovo passata sotto il vaglio della censura per verificare che le disposizioni correttive o i tagli imposti dal *Filmdramaturg* fossero stati rispettati ([30]).

Ma se sotto la vigenza della legge del 1920 bastava che il film non intaccasse gli interessi dello Stato, l'ordine pubblico, la sicurezza, le relazioni con l'estero o i sentimenti morali e religiosi per ottenere l'omologazione, adesso si sarebbe dovuto tener conto della *Weltanschaung* nazionalsocialista e, ove il film l'avesse offesa, esso non sarebbe stato distribuito. Le forme di tale offesa potevano anche

---

([29]) SEEGER, *Der Film*, cit., p. 532.

([30]) Cfr. HULL, *Il cinema*, cit., pp. 60-63.

limitarsi alla presenza di un attore di origine ebraica, come nel caso del film sportivo *Männer um eine Frau* nel quale compariva il pugile ebreo Max Baer (31).

Già con un provvedimento del 23 giugno 1933 al Ministro per la propaganda era stato attribuito un compito di filtro rispetto alle produzioni straniere, delle quali egli avrebbe valutato la compatibilità con la formazione culturale dei cittadini tedeschi (32). Con il giro di vite in materia di censura, il fatto che un film fosse integralmente tedesco (diretto, prodotto, girato, recitato, musicato da *Volksgenossen* (33), autentici cittadini tedeschi) poteva non essere più una garanzia sufficiente alla sua conformità con il mondo dei valori del nazismo. Occorreva dimostrare che esso rispettava i dogmi della nuova ortodossia ideale.

> Mentre nello Stato liberale la censura interveniva solo a disgrazia avvenuta e i film da essa proibiti erano già stati prodotti impiegando alte cifre, la nuova legge introduce un particolare esame preventivo [...]. Questa nuova regolamentazione si è dimostrata idonea a salvaguardare l'industria cinematografica dai danni derivanti dalla censura e ad indurla a rinunciare a priori alla ripresa di argomenti per i quali nel nuovo Stato non esiste più spazio (34).

Lo spazio al quale allude colui che, con queste parole, commenta la legge del febbraio 1934 è lo spazio "bonificato" e "igienizzato" da elementi e ambiti culturali estranei o ostili alla nazione. Sicché violare l'alfabeto valoriale e affettivo del nazismo può significare esporne i simboli (stendardi, bandiere, uniformi) in modo indegno o non appropriato, può voler dire che il protagonista della storia sia un ebreo o che la storia contenga riferimenti a temi scabrosi come l'eventualità di rapporti sentimentali tra cittadini tedeschi ed ebrei « perché tali rapporti non sono conciliabili con le leggi dell'onore della razza » (35).

---

(31) Cfr. PFENNIG, *Das neue Filmrecht*, cit., p. 372.

(32) Cfr. SEEGER, *Der Film*, cit., p. 536.

(33) Su questo concetto-chiave dell'ideologia nazista si vedano: D.J.K. PEUKERT, *Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde: Anpassung, Ausmerze und Aufbegehren unter dem Nationalsozialismus*, Köln, Bund Verlag, 1982; E. CONTE, C. ESSNER, *La quête de la race: une anthropologie du nazisme*, Paris, Hachette, 1995.

(34) SEEGER, *Der Film*, cit., p. 537.

(35) Ivi, p. 538.

A film concluso, esso viene esaminato da una commissione denominata *Prüfstelle*, composta da un presidente e quattro commissari di nomina governativa. Prima del 1934 vi erano due commissioni di censura, a Monaco e a Berlino, e ognuna decideva con il concorso di tutti i suoi membri (36). In seguito, benché il presidente dovesse annotare le opinioni di tutti nel verbale, la decisione sull'ammissibilità alla distribuzione del film era rimessa solo a lui; ciò che in sede giuridica si considerava una proiezione del *Führerprinzip* (37).

Tutti i tipi di film, gli ordinari lungometraggi ma anche gli spezzoni pubblicitari di film, dovevano passare questa trafila. Contro il diniego di autorizzazione alla commercializzazione, il produttore poteva ricorrere a una commissione d'appello, la *Oberprüfstelle*. In ogni modo, il Ministro della propaganda aveva notevoli margini di intervento — ampiamente utilizzati stando a una ricostruzione che gli attribuisce un ruolo attivo in materia di censura sui due terzi dei film usciti tra il 1937 e il 1942 (38) — in quanto poteva ricorrere direttamente alla commissione censoria d'appello o vietare film che la commissione di primo grado aveva autorizzato o vietare direttamente, per urgenti motivi di pubblico interesse, film che non erano ancora stati visti da alcuna commissione, sulla base di una disposizione del giugno 1935. Sulla cartella di ammissione alla proiezione veniva annotato se il film, in virtù delle sue qualità (che erano descritte su una scala che nel 1939 arriverà a comprendere undici distinte tipologie, tra cui "film di interesse culturale", "film di valore politico e artistico", "film per la gioventù", "film della nazione") poteva essere beneficiario di un regime fiscale privilegiato (39).

Il rigore di alcune di queste disposizioni venne in parte mitigato per ragioni di ordine economico, ossia per far circolare pellicole straniere entro un mercato che dava segni di blocco da iperprotezionismo e per accelerare i tempi di realizzazione, attraver-

---

(36) Cfr. D. WELCH, *The third reich. Politics and propaganda*, London-New York, Routledge, 1993, p. 53.

(37) Cfr. SEEGER, *Der Film*, cit., p. 539.

(38) Cfr. F. MOELLER, *The film minister. Goebbels and the cinema in the "third reich"* (1998), translated by M. Robinson, Stuttgart-London, Axel Menges, 2000, p. 128.

(39) Cfr. WELCH, *The third reich*, cit., p. 53.

so provvedimenti emanati tra agosto e dicembre 1934 che consentirono l'ingresso di film americani scritti, prodotti o interpretati da ebrei (40) e che rendevano facoltativo l'intervento preventivo del *Filmdramaturg* (41).

Nel 1936 questo itinerario condusse a un'ulteriore tappa: la fine della libera critica artistica. Il 27 novembre, durante una seduta della *Reichsfilmkammer* « fu annunciato che ogni critica a films, opere teatrali, letterarie a dipinti, sculture o altre opere d'arte era proibita. Le recensioni d'ora innanzi sarebbero state semplicemente descrittive; né infamia né lode si potevano esprimere e neppure l'espressione di qualsiasi opinione personale » (42).

La figura del critico d'arte, retaggio di un'epoca in cui vi era stato spazio persino per un'arte "degenerata", per un'arte che poteva trascurare la sua funzione civile e pedagogica e rispetto alla quale, pertanto, tutti potevano esprimersi su tutto e rilasciare patenti di qualità anche ad opere che ne erano prive, avrebbe dovuto cedere il posto al "redattore artistico". Dal momento che solo il partito e lo Stato potevano coniare i valori morali e artistici, non vi sarebbe stato motivo che un giornalista si soffermasse a giudicare il merito estetico-culturale di un'opera. Il racconto della trama, nel caso di un film (o di un libro), sarebbe stato più che sufficiente.

Tra il 1936 e il 1938, il governo nazista concluse il lavoro acquisendo il controllo economico di tutte le principali compagnie di produzione cinematografica (43).

4. *Immagini di potenza, miti di purezza.*

I registi, gli sceneggiatori, gli attori che continuarono a vivere in Germania e lavorarvi negli anni in cui il nazismo portava a termine questa strategia di incorporazione e sovrapposizione capil-

---

(40) Cfr. HULL, *Il cinema*, cit., p. 101.

(41) Cfr. PFENNIG, *Das neue Filmrecht*, cit., p. 371. Per altri dati sulla legislazione si veda H. KÜHNEMANN, *Filmrecht*, in *Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36*, hrsg. von E. Volkmar, A. Elster, G. Küchenhoff, Berlin - Leipzig, Walter De Gruyter & Co., 1937, pp. 182-183.

(42) HULL, *Il cinema*, cit., p. 123.

(43) Ivi, p. 141.

lare tra politica ed arte dovettero accettarne gli esiti. Alcuni fecero qualcosa in più e divennero gli aedi del regime, al servizio del quale misero talora doti di sensibilità visivo-espressiva non comuni.

Leni Riefenstahl è considerata la regista ufficiale del nazismo. La sua carriera, all'inizio di attrice, comincia alcuni anni prima, ma prende il volo con i lavori di direzione eseguiti sotto il segno della svastica. Due sue opere rappresentano momenti importanti di quell'epoca della storia tedesca: *Trionfo della volontà* del 1935 e *Olympia* del 1938. Quando nel 1933 le fu chiesto di filmare il Congresso del partito nazista a Norimberga, la Riefensthal vantava già un apprezzabile percorso professionale ma, soprattutto, poteva contare su un rapporto personale, pieno di reciproca ammirazione, con Adolf Hitler. Aveva conosciuto il futuro cancelliere quando era ancora il capo di un partito che lottava per l'egemonia politica e, sebbene — a suo dire — non ne condividesse tutte le idee, ne apprezzava la risolutezza, il coraggio e l'attaccamento alla patria. D'altra parte « in molti — ricorda — credevano che il suo razzismo avesse soltanto un valore teorico, di pura propaganda » (44). Dal canto suo, Hitler aveva chiaro in mente come servirsi delle sue qualità in futuro: « Quando saremo al potere, — le disse — lei realizzerà i miei film » (45). L'incarico affidatole nel '33 provò l'autenticità dell'intenzione ma produsse un risultato, il documentario *La vittoria della fede*, viziato dal poco tempo e dagli scarsi mezzi a disposizione (nonché dall'ostruzionismo di gerarchi e militari diffidenti o ostili), del quale l'autrice si mostrò da subito insoddisfatta: « Le riprese si trasformarono in una tortura [...]. Gli entusiasmanti successi come ballerina, come attrice e, ora, come giovane cineasta appartenevano ormai al passato » (46). L'occasione di cimentarsi di nuovo con lo stesso soggetto si presentò l'anno seguente. Anche stavolta si posero problemi di ordine pratico legati al come « trarre qualcosa di interessante da una serie ininterrotta di marce, parate e cerimonie pressoché identiche » (47) e noie di carattere personale derivanti

---

(44) L. Riefenstahl, *Stretta nel tempo. Storia della mia vita* (1987), trad. it. di A. Valtolina, Milano, Bompiani, 2000, p. 106.

(45) Ivi, p. 114.

(46) Ivi, pp. 151 e 155.

(47) Ivi, p. 171.

dagli irrigidimenti di quanti, nella contabilità delle riprese e degli spazi ricevuti, non si erano sentiti abbastanza riveriti. Tuttavia, il lavoro, nelle sue varie fasi (centrale quella del montaggio, per estrarre tremila metri di pellicola dai centotrentamila di girato) (48) venne preparato con meticolosità e fantasia. Per spezzare la monotona staticità di alcuni momenti, vennero disposti chilometri di rotaie, carrelli, gli operatori si spostarono sui pattini, il discorso di Hitler alla *Hitlerjugend* venne ripreso simultaneamente da varie angolazioni, vennero fatte riprese notturne. Il risultato finale fruttò alla Riefenstahl un'ovazione alla proiezione di presentazione (49). Sebbene sia difficile escludere che essa fosse indirizzata solo a lei o non anche ai protagonisti delle scene che scorrevano sullo schermo. Ad ogni modo, il film aveva raggiunto i fini di propaganda che gli erano assegnati (50).

> Lo scopo del film era doppio: mostrare ai Tedeschi la solidità del partito, particolarmente dopo le divisioni provocate dall'affare Röhm; e far conoscere i leaders, molti dei quali dicevano poche parole, in una società nella quale non c'era ancora la televisione. Un altro scopo più sottile, era quello di impressionare i pubblici stranieri e di spaventarli al tempo stesso facendo loro vedere l'inferno da vicino. Il film riuscì in tutti questi intenti (51).

In vista dei Giochi del 1936, Leni Riefenstahl riceve da Carl Diem e Otto Mayer, segretario e presidente del Comitato olimpico, la richiesta di realizzare un documentario su di essi (52). Così nasce *Olympia*, che per ragioni tecniche uscirà nel 1938 e che segna la consacrazione mondiale della giovane regista tedesca. Il film è diviso in due parti — *Festa dei popoli* e *Festa della bellezza* — e racconta i giochi partendo da alcune sequenze di sole immagini nella cornice dell'antica Grecia per arrivare al presente, alle gare di Berlino filmate con espedienti tecnici di obiettivo pregio. Telecamere sospese a

---

(48) Ivi, pp. 173-174.

(49) Ivi, pp. 172-179.

(50) Alla Wermacht, secondo alcuni adirati generali non sufficientemente rappresentata nel film, la Riefenstahl dedicò nel 1935 un cortometraggio di venticinque minuti, *Giorno della libertà - La nostra Wehrmacht*, anch'esso un trionfo di armi e uniformi. Ivi, pp. 188-189.

(51) HULL, *Il cinema*, cit., pp. 97-98.

(52) RIEFENSTAHL, *Stretta nel tempo*, cit., pp. 182-183.

palloni aerostatici per filmare dall'alto lo stadio di atletica, un pontile di cento metri per seguire le gare di canottaggio sino al traguardo, macchine da presa legate alle selle dei cavalli nelle gare di equitazione, cortei di auto per accompagnare l'intera maratona (53). In fase di montaggio vennero predisposte diverse edizioni del film, sicché può accadere di vederne copie che non rispettano la medesima successione espositiva (54). Comunque, nel corso del 1938 esso fu presentato in Germania, alla Biennale di Venezia, a Parigi, New York, Chicago ottenendo sempre positivi riscontri critici (55).

È difficile separare il giudizio artistico sui lavori di questa autrice da valutazioni inerenti le loro ricadute politiche. Anche chi ritiene non si debbano confondere i due piani, non esita a contestare alla Riefenstahl una grande ingenuità sull'obiettivo contributo che le sue opere, al di là delle loro effettive intenzioni, diedero all'autorappresentazione gloriosa e magniloquente del *Reich*. In qualche caso, e pur richiamando le illustri citazioni visive che negli anni la cinematografia le ha dedicato (56), si va oltre e si ascrive questa parte della sua filmografia al campo delle "illusioni pianificate", ossia quelle operazioni di suggestione visiva (tra le altre, quelle dell'architetto Albert Speer) generate solo per enfatizzare il culto nazista delle parate militari, delle esibizioni di forza, di compattezza, di organica unità (57). Secondo chi difende questa interpretazione,

> questa regista che afferma di non interessarsi né al documentario né alla propaganda, ha così partecipato alla creazione di due delle principali messinscene politiche del Terzo Reich: il Congresso del 1934, che afferma l'unità del Führer e del popolo, e le Olimpiadi che proclamano la vocazione internazionale pacifica della Germania nazionalsocialista (58).

Un altro regista che ha legato il suo lavoro al catechismo

---

(53) Ivi, pp. 210-214.

(54) Cfr. HULL, *Il cinema*, cit., pp. 173-174.

(55) Cfr. RIEFENSTAHL, *Stretta nel tempo*, cit., pp. 237-253.

(56) Celebre quella della scena finale di G*uerre stellari* di G. Lucas (1977).

(57) Cfr. EISENSCHITZ, *Storia*, cit., p. 92.

(58) Ivi, p. 93. Per approfondimenti su Leni Riefenstahl si vedano: L. QUARESIMA, *Leni Riefenstahl*, Firenze, La Nuova Italia, 1984; Guido KNOPP - Friedrich SCHERER, *Leni Riefenstahl*, in *Hitlers nützliche Idole: wie Medienstars sich in der NS-Propaganda stellten*, hrsg. von Guido Knopp *et alii*, München, Goldmann, 2008, pp. 266-317; G.E. RUSCONI, *Marlene e Leni. Seduzione, cinema e politica*, Milano, Feltrinelli, 2013.

nazista è Veit Harlan ([59]). Formatosi, anche lui, nella recitazione, comincia dirigere a metà degli anni trenta. Diversi suoi film hanno un più o meno netto sfondo politico. Da *Ingratitudine* (*Der Herrscher*, 1937) che, ispirato alla dinastia Krupp, contiene riferimenti alla legislazione nazista sulla proprietà ([60]) sino a *Il grande re* (1942) — vincitore della Coppa Mussolini a Venezia come miglior film straniero — il cui protagonista è Federico II di Prussia, primo artefice dell'ascesa politica della nazione tedesca nel continente europeo durante la "guerra dei sette anni", a *Kolberg* (1945), che racconta la resistenza di una città portuale prussiana contro l'invasione delle truppe napoleoniche nel 1806. Ma l'opera più celebre, e probabilmente il "manifesto" cinematografico dell'antisemitismo nazista, è *Süss l'ebreo* (1940).

La storia di Joseph Süss Oppenheimer è, originariamente, quella di un consigliere finanziario del duca Carlo Alessandro di Wurtemberg che, tra il 1732 e il 1737, aveva riordinato le finanze del ducato, acquisendo la facoltà di riscuotere i tributi e così inimicandosi parte dei sudditi. Nel 1738, alla morte del duca, Süss era stato impiccato in seguito a una rivolta. Nella trasposizione letteraria fattane nel 1925 dallo scrittore ebreo Leon Feuchtwanger, Süss scopre di essere per metà cristiano, ma quando, scomparso il duca, scoppia il caos ed egli viene imprigionato, rinuncia a salvarsi approfittando della sua ascendenza cristiana e si lascia giustiziare. Nel 1933, il libro, che aveva fino ad allora riscosso un enorme successo, venne proibito dai nazisti.

Il film descrive Süss come un infido consigliere del duca che mira solo ad arricchirsi ed accrescere il suo potere, che rapisce e violenta la figlia di un alto dignitario di corte e che fa torturare il fidanzato di lei. Alla morte di Carlo Alessandro, il popolo del ducato imprigiona Süss e lo impicca. Il film si chiude con un monito rivolto

---

([59]) Sul quale, per approfondimenti, si vedano: Veit HARLAN, *Im Schatten meiner Filme: Selbstbiographie*, hrsg. und mit einem Nachwort versehen von H.C. OPFERMANN, Mohn, Gutersloh, 1966; S. ZIELINSKI, *Veit Harlan*, *Analysen und materialen zur Auseinandersetzung mit einem Film-regisseur des deutschen Faschismus*, Frankfurt a. M., R.G. Fischer, 1981; F. NOAK, *Veit Harlan: des Teufels Regisseur*, München, Belleville, 2000.

([60]) HULL, *Il cinema*, cit., p. 151.

« a tutti i cittadini degli altri Stati » affinché non dimentichino questa lezione (61).

Quando fu diffuso, il messaggio del film non lasciava spazio a fraintendimenti. Himmler ne ordinò la visione alle truppe dell'esercito e alle forze di polizia. Nella Francia occupata, i fascisti Bardèche e Brasillach gli tributarono grandi elogi. Sino agli anni sessanta copie doppiate in lingua araba ebbero larga diffusione in Medio Oriente (62). Il film esibisce tutti gli stereotipi più vieti dell'antisemitismo: l'ebreo come essere avido, falso, cospiratore, pericoloso, violento. Esso è « incontestabilmente il simbolo del razzismo di un regime e di un'arte, un'incitazione all'omicidio in nome della purezza etnica » (63). Si può, pertanto, considerare non casuale la sua realizzazione (64) in un periodo in cui cominciava a farsi pressante (65), nelle sedi istituzionali, la riflessione sulla "soluzione finale del problema ebraico". Dei trenta film più popolari tra il 1940 e il 1942, *Süss l'ebreo* si classificò al sesto posto. Dalla sua uscita al 1943, fu visto da più di venti milioni di persone (66).

5. *Documentare l'irrappresentabile: immagini della Shoah in un'aula di giustizia.*

Nella forma traslata e metaforica del recupero di una storia del passato, Harlan racconta in modo eloquente il disprezzo nazista verso gli Ebrei e le auto-giustificazioni ideali delle discriminazioni e persecuzioni che lo accompagnarono. Vi sono esempi ancora più

---

(61) Cfr. HULL, *Il cinema*, cit., pp. 205-211.

(62) Ivi, pp. 216-218. Ma ancora oggi lo si trova facilmente sui siti internet della destra radicale come *Holywar*. Cfr. G. BORGESE, *Il sito nazista censisce gli ebrei*, in « Il fatto quotidiano » 16 febbraio 2013, p. 17.

(63) P. CADARS, F. COURTADE, *Le cinéma nazi*, Paris, Eric Losfeld, 1972, p. 193.

(64) Sulla quale, secondo la versione di Harlan, pesarono pressioni di Goebbels sino alla minaccia di fucilazione per diserzione. Cfr. HULL, *Il cinema*, cit., p. 210.

(65) Termini cronologici decisivi si considerano, comunemente, l'ordine di Heydrich agli *Einsatzgruppen* nei territori occupati del 21 settembre 1939 e la conferenza di Wannsee del 20 gennaio 1942.

(66) Cfr. S. TEGEL, *Veit Harlan's* Jud Süss, in *Holocaust and the moving image. Representations in film and television since 1933*, ed. by T. Haggith and J. Newman, London, Wallflower, 2005, p. 81.

crudi, come il documentario di Fritz Hippler *L'ebreo errante* (*Der ewige Jude*, 1940) (67), che descrive, senza parsimonia di dettagli visivi truculenti, come gli Ebrei fossero pestilenziali come i ratti e freddi e spietati nella macellazione degli animali, come lo sarebbero stati con le persone se glielo si fosse permesso. A fronte di tanta perfidia, si sarebbe dovuta ancor più apprezzare la magnanimità del regime nazista che, curando solo di separarli dal resto della comunità, la sana parte ariana, si premurava tuttavia di destinarli a luoghi come il lager-ghetto di Terezìn, non molto distante da Praga, dove gli internati potevano serenamente dedicarsi alla musica, alla danza, alla cucina, ai lavori manuali, a beneficio e soddisfazione degli emissari della Croce Rossa lì accorsi in visita ispettiva dopo il diffondersi delle voci sulle deportazioni e lo sterminio. Questo era il tipo di spettacolo, ulteriore e raffinata forma di "illusione pianificata", che risultava dal filmato fatto girare ad un internato, l'ex attore ebreo Kurt Gerron, ed intitolato: *Il Führer regala una città agli ebrei* (*Theresienstadt. Ein Dokumentarfilm aus dem jüdischen Siedlungsgebiet*, 1944) (68).

La realtà effettiva dei campi di sterminio, senza edulcorazioni o negazionismi *ante litteram*, si poteva ricavare viceversa, sia pure su scala ridotta, da un filmato che fu proiettato durante il processo di Norimberga: *Nazi concentration camps*. Lo Statuto del Tribunale (articolo 19) prevedeva che si potesse ammettere ogni tipo di documento che fosse virtualmente dotato di valore probatorio, senza limiti procedurali di sorta. Ma, sebbene l'uso di materiale fotografico fosse pacificamente ammesso in quanto già ampiamente utilizzato davanti ai tribunali penali nazionali e per quanto si potesse considerare che la visione di una pellicola non costituisse che uno sviluppo tecnico della visione di immagini — dalle immagini ferme a quelle in movimento — la proiezione del documentario sui campi

---

(67) Sul quale si veda, T. CHARMAN, *Fritz Hippler's* The eternal Jew, in *Holocaust*, cit., pp. 85-92.

(68) Cfr. R. OLLA, *Ancora ciliegie, zio SS*, Roma, Rai-Eri, 2001; L. GALLIANO, *Musica in un ghetto nazista: Terezìn (Theresienstadt)*, in « La Rassegna mensile di Israel », 68, 2002, pp. 83-106; L. BECKER, *Film documents of Theresienstadt* e Z. FANTLOVA-EHRLICH, *Terezìn. The town Hitler gave to the Jews*, entrambi in *Holocaust*, cit., pp. 93-105.

a Norimberga pose un precedente assoluto. Prima di esso « non si può trovare alcun dato che registri l'utilizzo da parte di una Corte di filmati di atrocità come prova di comportamento illecito » (69).

Alcuni imputati accusati di crimini contro l'umanità avevano adottato una strategia difensiva che non esitava a spingersi sino all'affermazione di totale estraneità rispetto ai fatti contestati o, qualora non fosse possibile, disinvolta minimizzazione del loro contenuto. Ernst Kaltenbrunner, successore di Heydrich a capo del comando della sicurezza del Reich (R.S.H.A.) e massimo responsabile amministrativo dei campi, aveva ad esempio affermato che l'espressione "trattamento speciale" (*Sonderbehandlung*), ricorrente nelle carte della burocrazia e decodificata come uno dei ponti semantici alla soppressione di massa dei deportati, voleva dire che le persone cui essa si riferiva potevano ricevere visite e che i loro desideri venivano tenuti nella massima considerazione (70). Ma a parte queste interessate allegazioni, il racconto della *Shoah* che, tramite le testimonianze dei sopravvissuti e i documenti, si affaccia al mondo per la prima volta dall'aula giudiziaria di Norimberga è talmente carico di violenza e orrore da destare una diffusa reazione di stupore e diffidenza. L'esigenza di usare le immagini di un documentario è legata al tentativo di superare la resistenza provocata dall'incredulità e dal desiderio di rimozione attraverso un contatto visivo con la realtà ricostruita, che avesse un forte impatto emotivo. Ciò nonostante, le immagini girate dalle truppe militari nell'aprile 1945, che in formato 35mm e per la durata di quasi un'ora formavano *Nazi concentration camps*, furono precedute dalle riprese di due dichiarazioni giurate (*affidavit*) del tenente colonnello americano George Stevens (71) e del direttore degli effetti visivi E. R. Kellog che certificavano che le immagini che sarebbero seguite erano

---

(69) L. Douglas, *Film as witness: screening* Nazi concentration camps *before the Nuremberg Tribunal*, in Id., *The memory of judgement. Making law and history in the trials of the holocaust*, New Haven- London, Yale University Press, 2001, p. 23.

(70) Ivi, p. 20.

(71) Direttore della fotografia e regista sin dagli anni venti-trenta, nel dopoguerra artefice di film di largo successo come: *Il cavaliere della valle solitaria* (*Shane*), *Un posto al sole*, *Il gigante*, *Il diario di Anna Frank*.

autentiche e non erano state in alcun modo trattate o ritoccate (72). Una cautela che esprime la consapevolezza del carattere iterativo e spiraliforme del gesto di documentare la verità: si usa uno strumento che promette di essere obiettivo ma, nel farlo, si avverte di dover certificare riflessivamente l'obiettività del suo utilizzo.

Le immagini che *Nazi concentration camps* espone provengono da alcuni dei principali campi: Buchenwald, Mauthausen, Dachau, Bergen-Belsen. Esse raccontano, ritraendo i corpi emaciati dei prigionieri, i loro volti scavati, i segni degli stenti e delle violenze subite, gli effetti dei crimini. Chiedono a coloro che le osservano di collegarle con i restanti pezzi del mosaico: le accuse, le deposizioni, le difese. Gli uomini e le donne ripresi sono descritti da voci fuori campo. In alcuni casi, il commento è molto secco e lapidario, come quando si vedono dei bulldozer inglesi che spingono cataste di cadaveri in una fossa comune e la voce in sottofondo si limita dire: "Questo era Bergen Belsen" (73).

Il film non contiene indicazioni dirette sugli autori dei delitti contestati a Norimberga e nemmeno sulle loro tipologie e modalità. Offre elementi da collegare ad altri raccolti in quella sede. Singolarmente, tuttavia, si chiude con una sfilata di civili tedeschi, ben vestiti e sorridenti, che in una domenica di primavera vengono condotti da Weimar al vicino campo di Buchenwald e qui vengono ritratti nelle loro reazioni di nausea e ribrezzo (74). Come se volesse alludere all'esistenza di una responsabilità morale collettiva, se non partecipativa almeno omissiva. Come se volesse raccontare in pochi fotogrammi il risveglio brusco di una nazione dai sogni nei quali, anche attraverso immagini di bellezza e prosperità, si era cullata alla realtà drammatica per anni posta ai margini dalla narcotizzante ritualità delle "illusioni pianificate".

6. *Epilogo: i casi giudiziari Harlan e Riefenstahl.*

Politici, generali, burocrati, non furono i soli a finire sotto

---

(72) Ivi, pp. 24-25. Sul punto si veda anche H. LENNON, *A witness to atrocity: film as evidence in International war crimes tribunals*, in *Holocaust*, cit., p. 68.

(73) Cfr. DOUGLAS, *Film as witness*, cit., pp. 31-36.

(74) Ivi, pp. 36-37.

processo caduto il nazismo. Le autorità militari di occupazione estesero l'epurazione anche al mondo dell'arte e al cinema. Alcuni attori e registi fuggirono, altri furono allontanati dal lavoro, alcuni — come il protagonista di *Jud Süss*, Ferdinand Marian — si suicidarono per il rimorso, altri subirono processi. Tra questi, Veit Harlan, autore di un film simbolo e personaggio quanto mai calzante per il ruolo, toccatogli non senza meriti, di capro espiatorio (75). Harlan fu processato una prima volta ad Amburgo per "crimini contro l'umanità", tra il 3 marzo e il 29 aprile 1949. Sino ad allora, il solo caso noto di contestazione di tale capo di imputazione (76) contro qualcuno per aver realizzato dei film di propaganda. La Corte, che escusse un centinaio di testimoni e vide più volte i suoi film, lo giudicò non colpevole e non trovò motivi di censura nei suoi lavori. Questo verdetto fu impugnato dall'accusa, che ottenne un processo di revisione dalla Corte d'appello di Colonia. Nel secondo giudizio Harlan fu nuovamente assolto, non così *Jud Süss* che venne qualificato "criminale" (77). Questa vicenda non compromise, tuttavia, la sua carriera. Continuò a girare film, tra i quali, nel 1957 il discusso *Processo a porte chiuse* (*Anders als du und ich - §175*). Un lavoro in cui, traendo spunto da una recente sentenza della Corte costituzionale federale sul delitto di "pederastia" e sul rifiuto di risarcimento opposto, in conseguenza del suo mantenimento nel Codice penale, agli omosessuali internati nei campi di concentramento, Harlan si occupò di omosessualità e arte degenerata. Un binomio caro ai suoi trascorsi di *Kron-regisseur* del terzo Reich.

Più articolato il percorso di Leni Riefenstahl, che, nel rievocare il passato, ha sempre tenuto a separare le sue opinioni personali dal contenuto delle sue opere. Internata in campi di prigionia americani

---

(75) Cfr. HULL, *Il cinema*, cit., pp. 337-338.

(76) Una fattispecie che, secondo l'articolo 6c dello statuto del Tribunale di Norimberga che per primo ne fa menzione, comprendeva: uccisione, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione e altri atti disumani commessi contro qualunque popolazione civile prima o durante la guerra; o persecuzione per ragioni politiche, razziali, religiose in esecuzione o connessione con ogni altro crimine sottoposto alla giurisdizione del Tribunale. Sulla sua elaborazione teorico-legale si veda M. FLORES, *Crimini contro l'umanità e crimini di genocidio: contraddizioni e problemi da Norimberga a oggi*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), pp. 1505-1524.

(77) Cfr. CADARS, COURTADE, *Le cinéma nazi*, cit., pp. 310-311.

tra maggio e giugno 1945, la Riefenstahl fu ripetutamente interrogata circa i suoi rapporti con Hitler. Le venne, anche, chiesto se fosse a conoscenza della sorte degli Ebrei. Protestando di non aver avuto altro che rapporti formali di lavoro con il regime e di ignorare che gli Ebrei venissero sterminati, fu rilasciata dopo pochi giorni (78). L'anno successivo fu imprigionata, su ordine delle autorità di occupazione francesi, per alcune settimane a Innsbruck e a Baden-Baden, dove si ripeté il medesimo copione e nuovamente nel corso di interrogatori la regista rispose di non essere stata l'amante o la musa di Hitler ma semplicemente un'artista che aveva svolto dei lavori su commissione senza doversi occupare della sua consonanza ideale con il "committente", né di aver conosciuto l'esistenza di altri campi oltre Dachau (79) e Theresienstadt (80).

In seguito a quest'ultima esperienza restrittiva, le furono confiscati tutti i beni e le fu imposto di trasferirsi a Königsfeld, località della Selva Nera, con la madre e il marito e di presentarsi settimanalmente al posto di polizia francese a Villingen. Tra il 1948 e il 1949, il Tribunale di denazificazione di Friburgo esamina la posizione di Leni Riefenstahl emettendo un verdetto di pieno proscioglimento. Da esso si ricava che la regista aveva realizzato *Trionfo della volontà*, il più discusso dei suoi lavori, con intento documentario e non di propaganda e su ordine incontrovertibile di Hitler. Inoltre, che all'epoca dell'esecuzione le leggi antisemite non erano ancora state emanate e non vi erano stati *pogrom* contro gli Ebrei. Tale giudizio, quanto meno opinabile, fu confermato nel 1952 dal tribunale di denazificazione di Berlino (81).

Nel 1952, la rivista *Revue* contestò a Leni Riefensthal di aver utilizzato come comparse per il suo film *Bassopiano* (girato nel 1941, ma distribuito nel 1954) alcune decine di bambini di etnia Sinti rinchiusi nel campo di Maxglan, presso Salisburgo, in attesa di essere trasferiti ad Auschwitz. Dopo alcune schermaglie legali, la

---

(78) Cfr. RIEFENSTAHL, *Stretta nel tempo*, cit., pp. 310-317.

(79) Campo che ospitava, sin dai primi anni trenta, prigionieri politici, renitenti al lavoro, "criminali abituali". Cfr. W. SOFSKY, *L'ordine del terrore. Il campo di concentramento*, trad. it. di N. Antonacci, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 44-67.

(80) Cfr. RIEFENSTAHL, *Stretta nel tempo*, cit., pp. 321-335.

(81) Ivi, pp. 354-355 e 379.

Riefenstahl concluse un accordo transattivo con l'editore Helmut Kindler, che le versò una piccola somma per risarcimento (82). Alcuni decenni dopo, un altro film, della regista Nina Gladitz, intitolato *Tempo del silenzio e della tenebra* (1982) riapre questo *dossier* utilizzando le testimonianze di sopravvissuti del campo di Maxglan che avevano lavorato da bambini con "zia Leni" e potevano smentire direttamente le giustificazioni rese da questa circa la sua ignoranza sul destino che li attendeva, nonostante il fatto che a controfirmare il contratto di "prestito" di questi piccoli lavoratori fossero stati ufficiali delle SS. Anche in questo caso si sviluppa un contenzioso giudiziario, al termine del quale, dopo quattro anni, le richieste di rettifica e risarcimento della Riefenstahl vengono quasi integralmente rigettate (83).

Ma, al di là dei pur emblematici percorsi giudiziari di Harlan e Riefenstahl, giova forse ricordare un monito di Hannah Arendt, raccolto in un testo del gennaio 1945, a proposito dei confini tra la nozione legale di colpa e la nozione morale di responsabilità. Secondo la studiosa, l'assassinio di massa è stato il frutto di una profonda alterazione della capacità di pensare degli esseri umani, un'alterazione che ha anestetizzato per molti l'orrore rispetto all'esecuzione di compiti che venivano percepiti come comuni doveri d'ufficio e non come crimini quali essi erano (84). Ma questa alterazione delle facoltà di comprensione intellettuale e di giudizio morale è il frutto di un concorso di azioni e di strategie ben concertate che, a vario titolo e con differenti modalità, hanno consentito al regime nazista di vivere e prosperare. Sicché

> tra i responsabili, in senso lato, devono essere inclusi tutti quelli che hanno continuato ad appoggiare Hitler per tutto il tempo che è stato loro possibile, che lo hanno aiutato a conquistare il potere e che lo hanno acclamato in

(82) Ivi, pp. 376-380.

(83) Cfr. C. Magris, *Piccoli nomadi usa e getta per la regista di Hitler*, in « Corriere della Sera », 14 agosto 2010, pp. 1 e 46.

(84) Cfr. H. Arendt, *Colpa organizzata e responsabilità universale* (1945), in Id., *Ebraismo e modernità*, a cura di G. Bettini, Milano, Feltrinelli, 2003[5], p. 69. Sull'argomento si vedano anche K. Jaspers, *La questione della colpa: sulla responsabilità politica della Germania* (1946), trad. it. di A. Pinotti, Milano, Raffaello Cortina, 1996; G. Anders, *Noi figli di Eichmann: lettera aperta a Klaus Eichmann* (1988), trad. it. di A.G. Saluzzi, Firenze, Giuntina, 1995.

> Germania e negli altri paesi europei. [...] in senso stretto, nulla può essere imputabile a queste persone, le quali sono state, in senso lato, corresponsabili dei crimini di Hitler. Costoro, che sono stati i primi complici dei nazisti e i loro migliori collaboratori, non sapevano davvero quello che stavano facendo, né con chi avevano a che fare (85).

Forse, quest'ultima clausola di esonero può non essere del tutto riconosciuta ad alcuni registi ed attori di talento e di, non minore, zelo.

(85) ARENDT, *Colpa organizzata*, cit., p. 68.

La dimensione giuridica

MASSIMO LA TORRE

CHI HA PAURA DEL GIUDICE COSTITUZIONALE? DECISIONISMO E POSITIVISMO GIURIDICO (*)

Sin dall'inizio della sua possibile operatività il meccanismo d'un controllo giudiziale riguardo alla costituzionalità del materiale normativo prodotto dal legislatore ordinario è stato oggetto d'intensi, animati dibattiti. Vale ricordare che il giudice costituzionale è un'acquisizione abbastanza tarda degli Stati democratici dell'Europa continentale e che questa forma di giurisdizione è tutt'altro che pacifica nell'architettura costituzionale britannica (1).

L'esperienza rivoluzionaria francese le è francamente ostile e il giuspositivismo egemonico in tutto l'Ottocento ha difficoltà persino a immaginare una sua concettualizzazione (2). Così che il tema e la pratica della giustizia costituzionale rimangono una questione spinosa per ogni giurista e per ogni prospettiva giusfilosofica. In questo scritto non oso ovviamente nemmeno pensare di poter offrire un quadro adeguato ai tanti problemi filosofici e giuridici ed alle tante dispute connesse a tale tema ed a tale pratica.

Mi limiterò piuttosto a presentare e discutere due momenti e due dibattiti che mi paiono particolarmente significativi e ricchi di spunti per una seria riflessione. Mi riferisco al dibattito ed allo scontro sul "custode della costituzione" tra Carl Schmitt e Hans

---

(*) Precedenti versioni di questo scritto sono state presentate come relazioni al convegno di studi su "Il custode della costituzione", Università di Macerata, 1-2 febbraio 2011, e all'*Internationales Wittgenstein Symposium*, Kirchberg, Austria, 5-11 agosto 2012.

(1) Cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 372.

(2) Cfr. M. Radin, *The Judicial Review of Statutes in Continental Europe*, in « West Virginia Law Quarterly », vol. 41, 1934-1935, p. 112 e ss.

Kelsen nella crisi della Repubblica di Weimar (3) e al più recente e raffinato attacco diretto contro il giudice costituzionale, la "judicial review", da uno dei più accreditati e intelligenti giusfilosofi contemporanei, Jeremy Waldron. La considerazione del dibattito tra Schmitt e Kelsen — invero già molto studiato (4) — servirà da sfondo storico ad una tematica il cui interesse è però, mi pare, eminentemente teorico ed istituzionale. La mia attenzione sarà pertanto maggiormente concentrata sulla discussione più recente ed in particolare sulle tesi di Waldron.

Mi preme sottolineare che il tema del giudice costituzionale è cruciale per la filosofia del diritto. Da esso dipende o intorno ad esso ruota la configurazione teorica che si intende e riesce a dare della relazione tra diritto e potere per un lato e del rapporto tra diritto tra diritto e morale per altro alto. Insomma — se si vuole — qui è in gioco lo stesso concetto di diritto.

1. Com'è noto, Carl Schmitt risuscita la nozione di "potere neutro", di un potere cioè neutrale rispetto alla contesa politica, e anche di un potere disomogeneo rispetto ai tradizionali tre poteri dello Stato, dunque non riconducibile a nessuno di questi. Tale nozione era stata coniata e messa in circolo agli inizi dell'Ottocento da Benjamin Constant per caratterizzare la figura e il ruolo del monarca e così renderla compatibile col regime liberale (5).

---

(3) Per la collocazione storica di questo dibattito nell'àmbito della più generale controversia sul controllo costituzionale delle leggi all'epoca della Repubblica di Weimar, cfr. M. STOLLEIS, *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, in « Ratio Juris », 16 (2003), p. 266 e ss. Si può anche utilmente consultare lo studio di C. M. HERRERA, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, in « Revista de estudios políticos », n. 86, ottobre-dicembre 1994, p. 195 e ss.

(4) In Italia esemplarmente nel saggio di Paolo PETTA, *Schmitt, Kelsen e il 'Custode della Costituzione'*, in « Storia e Politica », 16 (1977), p. 505 e ss. Cfr. anche il più recente contributo di Robert Chr. van OOYEN, *Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den 'Hüter der Verfassung'*, in H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der parlamentarischen Demokratie*, a cura di R. Chr. van Ooyen, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. VII e ss.

(5) « Il potere reale (intendo quello del capo dello Stato, qualunque sia il suo titolo) è un potere neutro » (B. CONSTANT, *Princìpi di politica*, a cura di U. Cerroni, II ed.,

Ora, nel caso della dottrina schmittiana siffatto potere assume come specifica, esplicita funzione la garanzia della costituzione e delle sue norme. Per Schmitt "potere neutro" è quello di un organo o di un soggetto che sia per certi versi al di sopra della normale separazione e tripartizione dei poteri pubblici e che dunque come tale non può attribuirsi a nessun giudice. È coerente « in uno Stato di diritto che tiene distinti i poteri — dice Schmitt — non incaricare incidentalmente di ciò [della difesa della costituzione] nessuno dei poteri esistenti, giacché un tale potere altrimenti assumerebbe preponderanza rispetto agli altri e potrebbe esso stesso sottrarsi al controllo, diventando in tal modo il signore della costituzione. È perciò necessario porre uno speciale potere neutrale accanto agli altri poteri e legarlo e bilanciarlo con essi tramite funzioni specifiche » (6). In questa prospettiva "potere neutro" può solo essere il capo dello Stato, e solo un tale "potere neutro" può fungere da custode della costituzione.

Inoltre, vi è un legame strutturale tra l'indipendenza del giudice e la sua soggezione al dettato normativo positivo. Una volta però che il giudice, com'è il caso delle controversie sulla costituzionalità della legge, abbia il potere di pronunciarsi (in termini inevitabilmente valorativi) sulla legge, tale legame si rompe e l'indipendenza giudiziale non è più assicurata (7).

A queste tesi Hans Kelsen reagisce con durezza. Le "pouvoir neutre" del capo dell'esecutivo (del monarca) — dice — è una trovata ideologica a sostegno del costituzionalismo dimezzato delle cosiddette monarchie costituzionali di primo Ottocento. Pensare di estendere tale modello alle repubbliche parlamentari o agli Stati

---

Roma, Editori Riuniti, 1970, p. 63). « La monarchia costituzionale crea questo potere neutro nella persona del capo dello Stato. Il vero interesse di questo capo non è affatto che uno dei poteri rovesci l'altro ma che tutti si sostengano, si intendano e agiscano di concerto » (ivi, p. 64).

(6) C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, p. 203. Questo scritto di Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, è del 1931 (IV ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996).

(7) Su questo punto, di Schmitt si legga anche lo scritto (del 1929) *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, ora in C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, in special modo p. 100.

democratici ha il sapore di un *escamotage* autoritario al fine di rendere l'esecutivo libero di contrappesi. Comunque, il capo dello Stato in un ordinamento liberale è tutt'altro che neutrale, giacché è espressione di una certa maggioranza politica.

Così che tale qualifica non si adatta e non si addice alla dinamica dello Stato di cui ci occupiamo, tanto più che Schmitt attribuisce la qualità di "pouvoir neutre" a un capo dello Stato scelto direttamente dall'elettorato, com'è il presidente della repubblica tedesca di Weimar, non ad un monarca ereditario. Il capo dello Stato di cui parla Schmitt (tranne che dietro le sue parole non ci sia una strizzatina d'occhio alla possibilità della restaurazione della monarchia in Germania), il presidente della repubblica che dovrebbe assumere la qualifica di custode della costituzione, è un organo *elettivo*, dunque non politicamente indipendente, bensì del tutto *dipendente* per il suo incarico dalla lotta politica di partito. Così che Kelsen qui sbotta: « Vedere nell'elezione, come fa Schmitt, una garanzia d'indipendenza è possibile solo a patto di chiudere gli occhi davanti alla realtà » (8). « Non vi sono, in particolare — ribadisce Kelsen —, motivi sufficienti per ritenere l'indipendenza del capo dello stato elettivo maggioritario o meglio garantita di quella dei giudici o dei funzionari » (9).

Non solo, dunque, il giudice non è meno indipendente politicamente del capo dello Stato, ma in ciò è aiutato dal carattere della sua stessa funzione e dall'etica di ruolo che di tale funzione è l'espressione deontologica. È lo stesso Kelsen a sottolinearlo: « Il giudice è spinto alla neutralità dalla sua stessa etica professionale » (10), per altri versi un'affermazione sorprendente provenendo da colui che della "purezza" del diritto e della separazione di diritto e morale (e dunque *a fortiori* di diritto e virtù) fa l'architrave della sua dottrina.

---

(8) H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 277. Lo scritto di Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, appare nella sesta annata della rivista « Die Justiz » (1930-1931, pp. 576-628), ed è ora raccolto in KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der parlamentarischen Demokratie*, a cura di R. Chr. van Ooyen, cit., pp. 58-105.

(9) *Ibidem*.

(10) Ivi, p. 278.

D'altra parte, attribuire al capo dello Stato la dignità di custode della costituzione avrebbe come effetto quello di neutralizzare la possibilità d'un controllo sulla legittimità (costituzionale) dei suoi atti. E poiché il capo dello Stato è un potere ricollegabile a quello esecutivo, del quale in varie aree e materie risulta essere il vertice, attribuirgli la dignità di "custode della costituzione" potrebbe avrebbe come effetto ulteriore quello di mettere il potere esecutivo al riparo dal controllo di legalità costituzionale. La mossa di Schmitt condurrebbe così a rendere l'esecutivo irresponsabile rispetto al potere legislativo e a quello giudiziario, almeno in ultima istanza. Tutta la normale dinamica della separazione dei poteri ne risulterebbe alterata e sbilanciata a favore di uno dei poteri, quello esecutivo, che tenderebbe dunque ad assumere dei tratti autoritari, se non proprio autocratici. Al governo delle leggi si sovrapporrebbe il governo degli uomini, o meglio di *un* uomo.

Come ulteriore argomento contro il giudice costituzionale Schmitt riprende e fa sua la distinzione tra deliberazione politica e giurisdizione, attività in buona sostanza discrezionale la prima, operazione tendenzialmente logico-formale la seconda. Ora il giudice costituzionale operando con riferimento a norme generalissime come quelle costituzionali inevitabilmente farebbe opera di deliberazione politica e non di giurisidizione. Ma questa distinzione invero — obietta Kelsen — non è netta; è porosa. L'attività giurisdizionale — dice — è anch'essa produzione di diritto e implica una decisione. Ciò è riconosciuto dallo stesso Schmitt, nonostante che sul punto della politicità della legislazione, e sulla automaticità o neutralità deduttiva della giurisdizione, faccia perno la sua argomentazione diretta tutta ad affermare per l'appunto la natura non giurisdizionale della giustizia costituzionale in ragione della sua "politicità".

Scrive infatti Schmitt: « In ogni decisione, perfino in quella di un tribunale che decide processualmente sussumendo in modo conforme alla fattispecie, c'è un elemento di pura decisione, che non può essere derivato dal contenuto della norma » (11). Tra sentenza e legge allora — come sottolinea Kelsen — non vi sarebbe una differenza qualitativa. Vi potrebbe semmai essere una differenza

(11) SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., p. 75.

quantitativa, rispetto all'àmbito di efficacia e di rilevanza della decisione in questione. La sentenza sarebbe decisione per un caso ed una situazione concreta, con nomi propri, mentre la legge sarebbe decisione per una classe generale di casi e situazioni. Non sembra allora avere giustificazione il tentativo di Schmitt di introdurre una nuova classificazione delle forme di Stato, quella di *Stato legislativo* e di *Stato giurisdizionale*. Nel primo il diritto sarebbe di produzione essenzialmente legislativa o parlamentare; la sua norma specifica sarebbe la *legge*. Nel secondo il diritto sarebbe principalmente di produzione giudiziaria; la sua norma tipica sarebbe la *sentenza*.

Schmitt pone poi l'alternativa secca tra "materie arbitrabili" e "materie non arbitrabili". La controversia di costituzionalità delle leggi e degli atti di governo sarebbe a suo avviso "materia non arbitrabile", mentre per Kelsen quell'alternativa non concerne la materia della contesa o della controversia, bensì piuttosto mette in gioco e dipende dalla volontà delle parti di sottomettere la decisione della controversia ad un organo terzo e indipendente. Arbitrabili sono le controversie per la cui considerazione e soluzione le parti sono disposte ad affidarsi alla deliberazione di un soggetto imparziale.

Schmitt dunque muove il suo attacco a partire da una certa configurazione dell'attività giurisdizionale. La giurisdizione — dice — è fondamentalmente attività di sussunzione di un fatto entro una "fattispecie", attività che però non si rinviene nelle operazioni della giustizia costituzionale. In questa si opera applicando una norma ad un'altra norma: « L'applicazione d'una norma ad un'altra norma è qualcosa di qualitativamente diverso dall'applicazione di una norma ad una fattispecie, e la sussunzione di una legge sotto un'altra legge (se mai è pensabile) è qualcosa di essenzialmente diverso dalla sussunzione di una fattispecie regolata sotto la sua regolazione » (12). Del pari, la giurisdizione si dà rispetto a norme il cui contenuto non è dubbio e controverso, mentre la cosiddetta giurisdizione costituzionale opera, per definizione quasi, con norme o materiali normativi il cui contenuto è dubbio e controverso. « Ogni giurisdizione —

(12) Ivi, p. 69.

continua Schmitt — è vincolata a norme e viene meno se le norme stesse diventano nel loro contenuto dubbie e controverse » (13).

Ora, Kelsen incentra la sua difesa del giudice costituzionale proprio nella confutazione di questa tesi. Kelsen contesta che la giurisdizione ordinaria si dia sempre con materiali normativi di contenuto certo e non controverso e che dunque i tribunali ordinari abbiano a che fare eminentemente o sempre addirittura con questioni di fatto e non di diritto. « Il giudicato dei tribunali ordinari — dice Kelsen — significa in numerosi casi determinazione del contenuto di una norma che sotto questo profilo è assolutamente, allo stesso modo, dubbia » (14). « La maggior parte delle decisioni di cause — continua il giurista viennese — sono decisioni di dubbi e divergenze sul contenuto di una disposizione di legge » (15). « È [...] impossibile ritenere che l'incertezza del contenuto normativo sia, in una legge costituzionale, qualcosa di diverso che in una legge ordinaria » (16). È pur vero — dice sempre Kelsen — che nell'applicazione delle norme costituzionali il momento della sussunzione di un fatto ad una fattispecie non è sempre perspicuo ed evidente, come nel caso invece in cui si tratti del giudizio sulla commissione di un reato penale. Ciò anche perché le norme costituzionali non regolano solo il procedimento da seguire nell'emanazione delle norme di grado inferiore, ma anche il loro contenuto, « per esempio, mediante la fissazione di direttive, princìpi, etc. ».

Tuttavia, anche in questo caso — sostiene sempre Kelsen — è possibile ed anzi necessario formulare e riferirsi ad un giudizio di sussunzione di un fatto ad una fattispecie. Infatti, anche nel caso in cui il giudizio di costituzionalità si concentri sul contenuto della norma di grado inferiore, il momento preliminare da accertare e poi

---

(13) Ivi, p. 36.

(14) Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, cit., p. 245.

(15) *Ibidem*.

(16) *Ibidem*. Questo punto è ribadito di recente, per ciò che concerne la qualità giuridica del *Grundgesetz* e l'attività giuridisdizionale del *Bundesverfassungsgericht* nella Repubblica federale tedesca, da Matthias Jestaedt nel suo studio *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in M. Jestaedt, O. Lepsius, Chr. Möllers, Chr. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechsig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, in special modo pp. 100-101.

da valutare è l'adozione ovvero l'emanazione di quella certa norma. La "fattispecie" che nella decisione sulla costituzionalità di una legge è da sussumere sotto la norma costituzionale non è una norma — come assume Schmitt —, bensì è la produzione di norma, vale a dire della norma di legge di cui si valuta la costituzionalità.

Per Kelsen dunque Schmitt disconosce il carattere del giudizio di costituzionalità, allorché lo rappresenta come il confronto tra il contenuto di due norme, per cui cioè « si mettono a confronto ma non sono sussunte o "applicate" l'una all'altra » (17). La giustizia costituzionale — dice Kelsen — consiste « semplicemente nel fatto che una norma dev'essere annullata nel caso concreto o in linea generale perché la fattispecie della sua produzione contrasta con la norma che regola questa fattispecie e che quindi è di grado più elevato » (18).

Della teoria di Kelsen Schmitt tuttavia attacca anche l'impianto gerarchico dell'ordinamento giuridico. Una norma non è superiore ad un'altra perché è più difficile da modificare. Dunque, la costituzione, sia pure rigida, non potrebbe dirsi per tale ragione sovraordinata alla legge ed ai provvedimenti del potere esecutivo. Schmitt però qui offre un'interpretazione idiosincratica e distorta della concezione di Kelsen. Così che quest'ultimo ha buon gioco nel precisare prontamente che la gerarchia delle norme da lui teorizzata non ha niente a che fare con la procedura di revisione o di modificazione delle norme in questione. Essa ruota piuttosto intorno alla capacità della norma di determinare e indirizzare e prescrivere la produzione di un'altra norma ed anche il suo contenuto. Allora: « la costituzione rileva come norma che sta al di sopra della legislazione in quanto determina il procedimento legislativo e, in un certa misura, anche il contenuto delle leggi (da emanare in base alla costituzione) » (19).

Schmitt sostiene che uno "Stato legislativo" non può avere un organo giudiziale di controllo della costituzionalità della legge. Ma qui — obietta Kelsen — si procede alla maniera della giurisprudenza dei concetti che dalla determinazione di una certa essenza giuridica,

---

(17) SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., p. 70.

(18) KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, cit., p. 248.

(19) Ivi, p. 252.

l'"istituto", pretende poi dedurre conseguenze normative generalmente valide. « È sempre la stessa tecnica — dice il giurista viennese — di dedurre da un concetto giuridico presupposto una struttura giuridica desiderata » (20).

D'altra parte la critica di Schmitt presuppone una visione dello Stato moderno che è abbastanza controversa e di certo assai lontana dalla sensibilità democratica che invece permea l'atteggiamento teorico di Kelsen. Per Schmitt lo Stato moderno « ist wesentlich ein Staat der *Exekutive* » (21), organizzazione politica nella quale prevale la competenza dell'esecutivo e dove dunque tanto il potere legislativo quanto quello giudiziario svolgono e devono svolgere un ruolo subordinato. La divisione dei poteri — così come la configura Schmitt — è tutta sbilanciata a favore del potere di governo dell'organo esecutivo. Di maniera che concedere ai tribunali il ruolo di protettori dell'ordine normativo complessivo dello Stato in qualità di guardiani della costituzione significherebbe la dissoluzione della stessa forma Stato. La giustizia costituzionale avrebbe così addirittura un tratto sovversivo che dunque va con forza neutralizzato. Ovviamente una siffatta linea argomentativa non potrebbe essere più lontana dall'impostazione teorica di Kelsen, per il quale lo Stato è solo ordine di norme e queste, per essere effettive, devono essere esigibili ed applicabili dinanzi ad un giudice.

Nondimeno Kelsen riconosce agli argomenti di Schmitt un grano di validità. Plausibile innanzitutto gli pare il sospetto verso un organo ristretto e non rappresentativo che in virtù di certe caratteristiche istituzionali e costituzionali potrebbe arrogarsi un potere eccessivo e sbilanciato rispetto agli altri organi costituzionali e rispetto agli altri organi dello Stato. Il giudice costituzionale potrebbe accaparrare una pienezza di poteri che è semplicemente incompatibile con la forma democratica dello Stato di diritto. Ciò avverrebbe soprattutto là dove la costituzione abbondasse di nozioni vaghe e del richiamo a princìpi generali. Questi infatti potrebbero essere poi riempiti di contenuto dal giudice costituzionale in maniera ampiamente discrezionale, operando così uno spostamento di potere all'interno della struttura degli organi statali.

---

(20) Ivi, p. 251.

(21) SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, cit., p. 98.

> « Non si può [...] negare — ammette il giurista viennese — che il problema posto da Schmitt circa i "limiti" della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare è del tutto legittimo » (22). « Le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future — come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili — non devono essere formulate in termini troppo generici, non devono contenere parole d'ordine vaghe come "libertà", "uguaglianza", "giustizia" etc. Altrimenti c'è il pericolo di uno *spostamento di potere* — non previsto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno — dal parlamento ad un organo esterno ad esso "che può essere espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle rappresentate in parlamento" » (23).

La soluzione prospettata da Kelsen al problema della legittimità della giurisdizione costituzionale non è però anch'essa esente da limiti e da problemi. Risulta innanzitutto oggi anacronistica ed insoddisfacente la concezione dei diritti fondamentali adombrata nel brano appena citato. Qui i diritti fondamentali risultano ammessi e legittimi solo come una sorta di riserva di legislazione o di mera norma programmatica. Kelsen pertanto non sembrerebbe né prevedere né accettare il ricorso diretto dei cittadini al giudice costituzionale per ottenere la tutela di un diritto fondamentale in capo ad un soggetto individuale. Così facendo, però, vengono meno due degli argomenti più forti a favore della giustizia costituzionale.

Il primo è che si tratti di vera funzione giurisdizionale, giacché ad essa possono accedere individualmente i singoli consociati, ricevendone la protezione dei loro diritti soggettivi più importanti. La giustizia costituzionale dunque sarebbe vera *giustizia*, e non "politica", perché essa verte su controversie e violazioni di diritti soggettivi. Il secondo argomento — che invero è una riformulazione del primo — è che nel caso della giustizia costituzionale si tratta di una sfera di attività statale dotata di specifica legittimità democratica. Giacché è solo mediante questa attività che i diritti fondamentali del cittadino ricevono la protezione dell'ordinamento nel caso concreto. La legge non può riparare la violazione inferta all'individuo dei suoi propri diritti fondamentali, i quali sono uno dei fondamenti del regime democratico garantendone il quadro assiologico: tale riparazione può solo essere offerta da un giudice, vale a dire da un organo

---

(22) KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, p. 253.

(23) Ivi, p. 254. Corsivo nel testo.

che decida in maniera imparziale su una controversia specifica che riguardi posizioni giuridiche singole e concrete, ed in particolare di controversie tra i cittadini e l'autorità pubblica. Ora, questo organo giudicante assume le fattezze del giudice costituzionale, soprattutto là dove i diritti fondamentali del cittadino debbano poter essere garantiti anche rispetto al legislatore.

Tutto ciò nondimeno non giustifica e non ha nulla a che vedere con la tesi principale che Schmitt usa contro la giurisdizione costituzionale, vale a dire che questa sia un'ulteriore mossa, ed anzi una mossa decisiva, in direzione di quello Stato pluralista e privo di autorità in cui egli ravvede il declino e l'esito fatale del moderno Stato liberale. Ricordiamo che su questo punto Schmitt si avvale di un altro argomento che vediamo essere sorprendentemente ripreso, *mutatis mutandis*, nella discussione più recente sul controllo di costituzionalità, in particolare negli Stati Uniti d'America. Lo Stato — dice Schmitt — è oggi difficilmente separabile dalla società e dall'economia. Non è più lo Stato neutrale e mero "guardiano di notte" del primo liberalismo ottocentesco.

È uno Stato interventista, è in misura maggiore o minore uno Stato sociale. Anzi — aggiunge compiaciuto Schmitt — è uno Stato "totale". I suoi provvedimenti sono spesso misure di gestione dell'economia e delle questioni sociali. In un tale contesto il giudice costituzionale non è attrezzato per operare efficacemente un controllo di legittimità costituzionale dell'azione statale, giacché gli manca l'informazione e l'*expertise* necessaria. Senza parlare del quadro procedurale troppo pesante che impedisce al giudice d'essere tempestivo. Come e forse più del parlamento il giudice costituzionale rimane — nell'ottica di Schmitt — "discutidor", troppo orientato alla "legalità" dei provvedimenti, piuttosto che alla loro efficacia, in una congiuntura nella quale invece ciò che conta è la decisione pronta e la sua legittimità materiale. E quest'ultima ancora una volta si ricalca sulla sua efficacia. In questo senso dietro il decisionismo compare la figura del "realista" o del "pragmatista", per cui la validità coincide con l'effettività e la verità col successo. Qui Schmitt non è poi così tanto lontano da giuristi americani

contemporanei come Cass Sunstein (24) e soprattutto come Richard Posner e il figlio Eric, la cui prospettiva di "law and economics" apre la porta ad una pratica crudamente decisionistica (25). Per essi la validità di una sentenza dipende piuttosto dalle sue conseguenze (economiche), non tanto dal suo quadro normativo di riferimento.

Come ultima risorsa Schmitt fa uso ancora della tesi del difetto di legittimità democratica del giudice costituzionale. « L'insediamento di un simile custode della costituzione sarebbe direttamente opposto alla conseguenza politica del principio democratico » (26). E ancora: « dal punto di vista democratico non sarebbe possibile affidare tali funzioni ad un'aristocrazia della toga » (27). Tuttavia — fa osservare Kelsen — in via di principio non c'è nulla che impedisce ad un giudice costituzionale d'essere eletto direttamente dal popolo oppure dal parlamento. In tal caso non si potrebbe sostenere la tesi del suo difetto di legittimità democratica. « Un tribunale costituzionale eletto dal popolo o anche dal parlamento — dice il giurista viennese —, come quello istituito dalla Costituzione austriaca del 1920, è tutt'altro che "un'aristocrazia della toga" » (28).

È dubbio che la risposta di Kelsen su questo punto sia sufficiente e convincente, soprattutto se per difetto di democraticità si intenda la mancanza di una deliberazione imputabile alla volontà generale dei cittadini mediante i loro rappresentanti. (Il giudice, anche se eletto, è difficilmente configurabile come un "rappresentante" del popolo). Ma è su questo punto che tiene o cade l'ammissibilità del giudice costituzionale in democrazia, ed è ancora qui che si decide la partita teorica più recente della quale passo ora ad occuparmi.

2. Tra i giusfilosofi contemporanei il più tenace ed uno tra i più intelligenti critici della giustizia costituzionale è Jeremy Waldron. La

---

(24) Cfr. C.S. SUNSTEIN, *Beyond Marbury: The Executive's Power To Say What the Law Is*, in « Yale Law Journal », 115 (2006).

(25) Cfr. per esempio E. A. POSNER, A. VERMEULE, *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 12.

(26) SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., p. 235.

(27) Ivi, p. 236.

(28) KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, cit., p. 284.

sua prospettiva potrebbe ritenersi operare una sorta di convergenza delle tesi di Kelsen e di Schmitt, convergenza però che induce a ritenere che entrambi questi autori siano nel torto allorché presentano le loro rispettive concettualizzazioni della questione del custode della costituzione. Waldron infatti assume una posizione giuspositivistica, tutt'altro che decisionistica, in questo risultando più vicino a Kelsen, del quale condivide l'attenzione all'astinenza valorativa del giurista pratico. Tuttavia, come si vedrà, egli ritiene che tale astinenza valorativa escluda la praticabilità del controllo giurisdizionale dell'attività legislatrice, qui allora prendendo le distanze da Kelsen ed approssimandosi alle posizioni di Schmitt. Ma è il legislativo che qui s'invoca come momento protettore e qualificante dell'ordine costituzionale, di contro alla centralità accordata da Schmitt all'intervento dell'esecutivo. Nella proposta di Waldron ci si affida alla "dignità della legislazione"; il potere esecutivo vi gioca un ruolo assai subordinato.

Questo studioso dunque sviluppa e dispiega una batteria di argomenti diretti a dimostrare l'insostenibilità teorica e pratica di un giudice costituzionale. In questa seconda parte del mio contributo mi concentrerò su quelle che mi sembrano le sue quattro mosse più poderose al riguardo.

(*i*) La giustizia costituzionale — dice Waldron — verte fondamentalmente sui requisiti della democrazia, sulle sue condizioni fondamentali. In buona sostanza ha per oggetto o meglio consiste in un giudizio su ciò che è la democrazia. Ma un giudizio su ciò che è la democrazia in termini istituzionali (e non meramente filosofici) non può prescindere o essere indipendente dall'*esercizio della democrazia*. Un giudizio sulla democrazia in questo senso dev'essere una decisione che si dà e produce mediante strumenti ed organi democratici (rappresentativi della volontà popolare).

Orbene — argomenta Waldron — il giudice è tutt'altro che uno strumento o un organo siffatto. Il giudice costituzionale, cioè il giudice che si arroga la valutazione delle condizioni di democraticità della legge democratica, è tendenzialmente antidemocratico. La sua giurisdizione ha come conseguenza « the disempowerment of ordinary citizens, on matters of the highest moral and political impor-

tance » (29), vale a dire la sottrazione della sovranità del cittadino per ciò che concerne materie politiche e morali di grandissima rilevanza.

(*ii*) La seconda mossa critica di Waldron si articola nel modo seguente. La giustizia costituzionale è giudizio sui diritti umani, sui diritti basici degli individui. Di conseguenza, sarà intessuta di valutazioni di carattere morale. Ma allora, per poter concedere al giudice una tale prerogativa, quella della deliberazione e decisione sui diritti fondamentali, deve prima potersi affermare che il giudice è un soggetto che meglio ragiona moralmente del legislatore, che meglio di questo è in grado di sviluppare un ragionamento morale. Di ciò però può dubitarsi.

Innanzitutto, il giudice è troppo impacciato dal rispetto della legge, della giurisprudenza e dai vari legalismi procedurali. Il legislatore, invece, non ha tutti questi vincoli, e questa sua libertà meglio si adatta alle questioni che concernono i diritti fondamentali, giacché queste sono « not issues of interpretation in a narrow legalistic sense ». Sono piuttosto "watershed issues", questioni spartiacque. E rispetto a queste il legislatore ha due vantaggi: ragiona senza impacci formali e con l'occhio rivolto al bene comune; è un soggetto deliberativo capace di esprimere il punto di vista della pluralità dei cittadini. Il giudice è un organo monocratico oppure un organo collegiale composto da un numero ristretto di membri. Il legislatore è un organo assai più composito, la sua collegialità è assai più ampia e plurale, e così risulta meglio attrezzato per affrontare questioni che toccano gli interessi più rilevanti della generalità della cittadinanza.

(*iii*) La terza critica di Waldron ha per oggetto l'argomento del "precommitment", dell'impegno previo o della "predecisione". Non può sostenersi — dice — la tesi della costituzione come per l'appunto "pre-commitment", come auto-obbligo, alla maniera — per intenderci — di Ulisse, il quale di fronte alle sirene si fa legare all'albero della nave e ordina all'equipaggio di non scioglierlo nemmeno se cosí dovesse loro in séguito comandare (30).

---

(29) J. WALDRON, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in « Oxford Journal of Legal Studies », 13 (1993), p. 45.

(30) Per un'articolata presentazione e discussione della "predecisione" e dei suoi problemi, in particolare del suo paradossale conflitto col criterio democratico

Per Waldron vi sono due ragioni principali che ostano alla validità della costituzione come "predecisione".

(*a*) Innanzitutto, questa tesi non offre sufficiente attenzione al pluralismo delle posizioni politiche e morali all'interno di una comunità. Un classico esempio che si dà di "predecisione" è quello di due amici che vanno a cena, e di cui l'uno consegni all'altro le chiavi della macchina, facendogli promettere e prescrivendogli di non consegnargli le chiavi dell'auto nemmeno se egli eventualmente, avendo bevuto degli alcolici, dovesse richiedergliele indietro. Qui — nota Waldron — si tratta di regolare l'eventuale conflitto tra un io razionale e prudente ed un io divenuto (per aver bevuto del vino) irrazionale e temerario. Ma potrebbe accadere che il conflitto si dia tra due soggettività altrettanto — diciamo così — legittime, altrettanto razionali e controllate. Poniamo — l'esempio è di Waldron — che una signora si converta ad una certa religione e allora rinchiuda i libri di filosofia e teologia critici verso, o ostili a, quella religione in un armadio e ne dia la chiave ad un'amica, raccomandandole di non aprire l'armadio anche se così da lei richiesta. E poniamo che la signora dopo qualche tempo maturi dei dubbi rispetto al fondamento della sua fede e rispetto alla verità della religione a cui si è convertita. A questo punto la signora comincia con sempre maggiore insistenza e argomentando sulla base della sua mutata disposizione intellettuale, a chiedere all'amica di riconsegnarle la chiave dell'armadio con i libri. Cosa dovrà fare l'amica? Varrà ancora il vincolo della predecisione? O non sarà più ragionevole e giusto derogare a quel vincolo per rispetto all'autonomia ed alla ragione della signora che pure è l'autrice e la titolare della predecisione?

Pertanto — dice Waldron — l'osservanza o il mantenimento della predecisione non è sempre la cosa giusta da fare. Ciò già nel caso di una predecisione presa da un singolo soggetto, giacché non prende in considerazione il fatto che la soggettività può essere legittimamente in contrasto con se stessa, o meglio il fatto che la soggettività non è un'entità monolitica, ma si dà nel dialogo e nel confronto di diversi "sé" all'interno dello stesso "io". E questi diversi "sé" non sono necessariamente distinguibili in una parte

---

dell'autogoverno, si veda S. HOLMES, *Passions and Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, capitolo quinto.

razionale e in una parte irrazionale. Le due parti in conflitto sono spesso entrambe ragionevoli e meritano entrambe rispetto e considerazione.

Questa situazione di pluralità di "sé" si moltiplica poi e si fa assai più radicale allorché non più di individui singoli si tratta, bensì di comunità. In un contesto collettivo e comunitario il cambiamento, il mutamento, persino il capovolgimento di posizioni e punti di vista è per così dire nella natura della cosa. Giacché qui la "cosa", una collettività, una società, è fatta di tante teste pensanti, e tutte o molte ragionevoli e altrettanto capaci di controllo sulla propria vita. Non si può qui allora ingessare — per così dire — la comunità mediante una certa predecisione, che può successivamente risultare inaccettabile ai più e altresì estranea e vissuta come eteronoma in un gruppo in cui costantemente si affacciano nuovi membri, nuove generazioni (come suole ribadire Hannah Arendt) (31).

(*b*) D'altra parte — questo è il secondo argomento di Waldron al riguardo — nel caso della giustizia costituzionale la predecisione è accettata e interpretata da un organo in genere collegiale. All'interno di questo però si può riprodurre quel contrasto o mutamento d'opinione di cui non si vuol tener conto nel caso della collettività nel suo complesso. Se è così, però, è preferibile che l'interpretazione di ciò che richiede la predecisione sia concessa al corpo politico degli elettori e non soltanto a un ristrettissimo numero di giudici politicamente irresponsabili.

(*iv*) Ma l'argomento preferito da Waldron è quello da lui ripetuto quasi ossessivamente, e cucinato in varie salse, del "disagreement", del *disaccordo*. L'idea di base qui è che le valutazioni morali siano fenomeni logicamente radicalmente soggettivi e come tali fondamentalmente riconducibili ad una comune, intersoggettivamente condivisa, tesi materiale. « Each person — scrive — regards her own view as better than any of the others » (32). Non vi è integrità o coerenza di posizioni al di là della singola soggettività.

---

(31) Hannah Arendt così ricollega la nozione di principio costituzionale all'idea di principio come inizio, cominciamento. Si legga per esempio H. ARENDT, *On Revolution*, Harmondsworth, Penguin, 1979, p. 212.

(32) WALDRON, *A Rigt-Based Critique of Constitutional Rights*, cit., p. 32.

« The integrity of a substantive theory of social policy or social justice is the integrity of a single mind » (33).

Ciò ha per conseguenza che non sia possibile o probabile o duraturo e stabile l'accordo dei soggetti intorno a questioni di valore sostanziali. I giudizi di valore, e con essi anche la concettualizzazione dei diritti, rimangono irriducibilmente controversi. Se si vuole convivere e non trascinarsi in un continuo stato di conflitto, è necessario tuttavia trovare un accordo. Il disaccordo in questa prospettiva è immediatamente portatore d'intolleranza, poiché la soggettività del giudizio morale individuale ha la tendenza a considerare l'altro singolo giudizio morale — sostiene Waldron — come « a standing affront » (34), un insulto permanente.

In una situazione di tale inevitabile pluralità e controvertibilità ed estrema conflittualità delle posizioni normative l'accordo può darsi soltanto mediante una soluzione di carattere procedurale (di certo non con riferimento a diritti o valori di cui per l'appunto in buona fede si battaglia per determinarne sostanza e portata). Bisognerà che ci sia qualcuno le cui decisioni possano comunque valere per tutti, indipendentemente dal loro contenuto. Ci si dovrà accordare su un qualche modo di giungere a decisioni universalmente vincolanti e incontrovertibili. Ciò — per Waldron — può ottenersi stabilendo un organo sovrano le cui deliberazioni dovranno assumersi come comandi obbligatori; posizione che egli definisce quella propria del giuspositivismo "normativo", quella cioè di chi si affida alla separazione di diritto positivo e morale non per ragioni metodologiche, bensì per ragioni morali, politiche o ideologiche (35).

La migliore forma che un organo siffatto può assumere è quella di un corpo legislativo, basicamente un parlamento, rappresentativo della volontà popolare, le cui decisioni vengano prese a maggioranza. La soggettività e la partigianeria intrinseca delle posi-

---

(33) J. Waldron, *Freeman's Defense of Judicial Review*, in « Law and Philosophy », 13-14 (1994) p. 34.

(34) J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 51.

(35) Vedi J. Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, a cura di R. P. George, Oxford, Clarendon Press, 1992, in particolare pp. 159-164. Per una intelligente ed elaborata anticipazione del "positivismo normativo", si legga U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

zioni normative in tal modo non si darebbe a discapito dell'autonomia dei più. « The integrity of a substantive theory of social policy or social justice is the integrity of a single mind: but we are faced with many minds and many theories on almost every issue. Procedures of political decision-making are a response to this plurality: that is, they are a response generated by a felt need that there should be on certain matters *one* view that counts as *ours*, even despite the fact that we disagree » (36).

Ora, stabilire un corpo di diritti superiori alle deliberazioni del legislatore ordinario ed affidare la loro interpretazione e garanzia ad un organo giudiziario, data la controvertibilità intrinseca delle posizioni morali e normative, implica la controversia sulle norme deliberate dal legislatore ed affidare la sua soluzione — che è necessariamente politica o procedurale — a un numero ristretto di soggetti. La giustizia costituzionale insomma non fa altro che riaprire il vaso di pandora del "disagreement" che era stato sigillato dalla volontà sovrana del legislatore mediante l'uso della procedura parlamentare. Questa volta però il vaso potrà richiudersi solo per il volere di pochi e non grazie alla deliberazione della pluralità dei cittadini rappresentati in parlamento.

« Matters of fundamental rights — l'oggetto più proprio della giustizia costituzionale — are matters of deep and extensive disagreement among citizens » (37). Qui ci troviamo dinanzi ad una serie di "indovinelli irresolubili", di « intractable conundrums » (38). Il disaccordo sui diritti e la giustizia risulta "intrattabile" (39). Non si vede allora come si possa confidare che la risposta del giudice costituzionale possa essere quella corretta. La loro risposta sarà invece sempre soggettiva, di parte, come lo è anche quella di un parlamento, con la differenza però decisiva che nel caso del parlamento si tratterà di una decisione democratica, mentre nel caso del giudice sarà il risultato della volontà di pochissimi signori della

---

(36) WALDRON, *Freeman's Defense of Judicial Review*, cit., p. 34.

(37) Ivi, p. 35.

(38) *Ibidem*.

(39) « The intractability of this disagreement » è il motivo conduttore della riflessione di Waldron al riguardo. Vedi ancora J. WALDRON, *Moral Truth and Judicial Review*, in « American Journal of Jurisprudence », 43 (1998) p. 77.

legge, di un'"aristocrazia della toga" (per usare l'espressione di Schmitt).

3. Vediamo ora cosa si può ribattere a queste quattro critiche e tesi di Waldron. È opportuno — mi pare — iniziare dall'ultima, dalla tesi del *disaccordo*, giacché questa è come l'architrave di tutto il pensiero di Waldron al riguardo.

Come nota Habermas, Waldron oscilla tra giuspositivismo e pluralismo epistemico. In genere il giuspositivismo è noncognitivistico e si compiace di proclamare il diritto "senza verità". Cioè, non crede in un possibile contenuto cognitivo degli enunciati normativi positivi. Questi sono qui più o meno direttamente tradotti in fatti o atteggiamenti o attitudini empiriche (come comandi, decisioni, emozioni, abitudini). Il pluralismo epistemico invece crede che nelle posizioni normative si manifesti una qualche pretesa di verità o correttezza, senza però che questa possa mai essere soddisfatta. Sappiamo poi che il giuspositivismo assume in genere due varianti: il *decisionismo* (per cui è meglio una qualunque decisione piuttosto che nessuna, per porre fine al disaccordo) e il *funzionalismo* (per cui il diritto positivo è un mezzo appropriato a risolvere i problemi di coordinazione delle condotte di cui il disaccordo è l'espressione semantica o discorsiva).

Il problema qui è che il pluralismo epistemico o è in grado di offrire una qualche soluzione alla pretesa di correttezza che comunque accoglie, oppure, condannandola all'insoddisfazione permanente, finisce per scivolare nel positivismo giuridico noncognitivista. Ed è proprio quanto Habermas rimprovera a Waldron (40). Quest'ultimo insiste molto sul valore deliberativo delle procedure, e su questo terreno sembra poter affermare la superiorità della deliberazione legislativa su quella giudiziale.

Ma — nota ancora Habermas — è ovvio che un formalismo sia pure deliberativo non possa conferire legittimità a nessuna decisione di maggioranza a prescindere da ogni suo merito cognitivo. Waldron dice che si passa al voto, alla mera procedura, una volta che si sia esaurita ("exhausted") la discussione e la deliberazione. Ma cosa significa qui l'"esaurimento" della deliberazione? Significa forse aver

---

(40) Vedi J. Habermas, *On Law and Disagreement: Some Comments on 'Interpretative Pluralism'*, in « Ratio Juris », 16 (2003), p. 187 e ss.

rinvenuto una buona ragione per decidere in un certo senso? Oppure significa essere rimasti a corto di argomenti o ragioni? Nel primo caso il pluralismo epistemico si riconcilia con la possibilità di soddisfare una qualche pretesa cognitiva. Nel secondo caso si scivola nel decisionismo *tout court*, come quando parlando della decisione giudiziale Waldron sottolinea che « a given opinion has no weight accorded to the vote it supports » (41). Si taglia corto ad un certo punto della deliberazione e vince la forza dei numeri. Che però come principio giustificativo non basta a se stesso. E che comunque come tale potrebbe anche del tutto rimpiazzare il momento deliberativo. Perché dovremmo perdere del tempo a deliberare, se alla fine ciò che conta non è l'argomento migliore o più plausibile, bensì il mero fatto della preponderanza di una maggioranza su una minoranza. Non sarebbe più giusto allora e più efficace procedere subito alla conta dei voti, senza soffermarsi sulla esposizione e sulla considerazione delle ragioni di cui il voto è espressione?

Vi è poi un'ulteriore critica che può muoversi alla tesi del "disagreement". Waldron crede che, datasi la decisione legislativa, il disaccordo si risolva una volta per tutte e si annulli nella legge positiva e che questa posa allora evitare la controversia sui "diritti". Se c'è disaccordo sui diritti (e questo è un dato costituivo dell'essere in società secondo Waldron) i diritti non possono allora funzionare come degli "assi" (i "trumps" della teoria di Dworkin) per bloccare l'operatività delle disposizioni legislative, specie quando queste sono il risultato del volere della maggioranza dei consociati (42). Sono i diritti materiali normativi controversi, a differenza della norma positiva (il cui statuto epistemologico e semantico rimane invero abbastanza oscuro nella ricostruzione di Waldron). E quando qui si parla di "diritti", ci si riferisce ai diritti "costituzionali", ai diritti fondamentali, ai diritti che precederebbero o prevarrebbero sulle leggi poiché si collocano — per così dire — al di sopra di queste.

Waldron sembra dimenticare, tuttavia, che la norma positiva non annulla per sempre la possibilità della controversia; semmai serve a regolarla. E dimentica poi che la disposizione legislativa a sua volta produce diritti soggettivi. Ora — come ha magistralmente

---

(41) WALDRON, *Freeman's Defense of Judicial Review*, cit., p. 31.
(42) Vedi WALDRON, *Moral Truth and Judicial Review*, cit., p. 77.

dimostrato Ronald Dworkin — la controversia giuridica, la "causa", si dà eminentemente nella forma di una controversia *su diritti*. È la "rights thesis" di Dworkin (43). Le parti si scontrano perché ciascuna rivendica un diritto. E qui non vi sono solo diritti *fondamentali* in gioco, ma ben più spesso e prosaicamente diritti *soggettivi* — quelli che risultano dalle norme del legislatore positivo. E anche questi diritti non sono spesso meno controversi dei diritti fondamentali. E su questi, sui diritti soggettivi, per il principio di legalità e dello Stato di diritto, per il principio del *nemo judex in causa sua* che Waldron ritiene in ultima istanza vuoto (44), non decide il legislatore, bensì il giudice.

Il "disaccordo" allora si riproduce, nonostante l'intervento del legislatore, anche a valle — per così dire — della produzione della legge positiva, cioè anche dopo che questa è stata deliberata ed emanata. E tale "disaccordo" rimane tanto potenzialmente virulento "a valle" quanto "a monte" della legge, quanto cioè nel mondo più rarefatto dei diritti e delle norme costituzionali, se non si crede che la controversia abbia la possibilità di trovare una soluzione materiale, cognitiva, e non solo procedurale o empirica. Se la disposizione positiva ha per contenuto un significato normativo, e valori d'azione, e questi non sono trattabili con metodi d'accertamento cognitivamente ed intersoggettivamente affidabili — ciò che è, mi pare, il presupposto gnoseologico che sta alla base della tesi del "disaccordo" di Waldron —, il problema del disaccordo allora si riproporrà al momento dell'applicazione (dell'interpretazione) della disposizione in questione. Il giuspositivismo non cognitivista e il decisionismo che credono di chiudere la porta alla controversia e al disaccordo mediante il fatto della disposizione positiva non possono, ahinoi, impedire che controversia e disaccordo si riproducano in tutti i momenti ed a tutti i livelli dell'ordinamento normativo.

Mi soffermo ora rapidamente a muovere delle obiezioni alle

---

(43) Si legga in merito R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978, capitolo secondo.

(44) Ciò perché in ultima istanza il giudice (qui paradigmaticamente il giudice costituzionale) giudicando deciderebbe sulla titolarità del propria competenza. Su questo punto si legga J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, in particolare p. 296 e ss.

altre tre critiche di Waldron. Al rigetto del "precommitment" o della "predecisione" come nucleo della costituzione si può reagire, credo, con due argomenti. Si può plausibilmente sostenere che la costituzione è fatta soprattutto di norme *costitutive*, ovvero di "norme secondarie" secondo la terminologia di Herbert Hart, vale a dire di norme che conferiscono *poteri*. Non si tratta tanto di obblighi o vincoli, quanto in primo luogo di poteri o competenze. Di maniera che l'idea dell'autolimitazione, o della "predecisione", non rende giustizia alla complessità ed alla natura — diciamo così — potestativa delle costituzioni, in ispecie di quelle democratiche. Con la costituzione, vale dire, non si pongono solo obblighi e doveri, ma eminentemente si ascrivono poteri e competenze: si dichiara che "si può" e così dichiarando si rende possibile e percepibile quella potestà. Non ci si limita tanto; ci si potenzia piuttosto.

Ma — si può obiettare — in tali costituzioni si dà o si ritiene che vi sia in genere un nucleo normativo concepito come inalterabile, immodificabile, una sorta di *Wesensgehalt*, di "contenuto essenziale" che non sarebbe lecito intaccare, nemmeno con una procedura formale di revisione costituzionale. E qui, su questo terreno, in quest'àmbito, si darebbe allora, eccome, la vigenza di una "predecisione", d'una quasi ontologica autolimitazione.

Nondimeno, su questo punto si può replicare riferendosi più che al meccanismo della "predecisione" alla invalidità che si manifesta nei casi di contraddizione pragmatica o performativa. Richiedere una chiave allorché ci si è imposti, o si è promesso, di non farlo è una siffatta contraddizione pragmatica. Questa segnala un problema, una mancanza di coerenza di condotta. La contraddizione non è logica o semantica, ma per l'appunto pratica o pragmatica. Essa non è già risolta di per sé, ma rimanda ad una successiva valutazione. Ora, allorché la controversia performativa avesse per oggetto ciò che rende possibile e percepibile la stessa vita democratica, quei diritti basici vale a dire il cui mutuo riconoscimento tra i cittadini apre al discorso ed alla deliberazione democratica, non si vede perché allora tale valutazione, l'accertamento e la soluzione della contraddizione, non potrebbe essere affidata dalle parti interessate ad un soggetto terzo ed imparziale, cioè ad uno speciale organo giurisdizionale. Questo non avrebbe tanto il compito di deliberare *ex novo*, senza attenzione ad un caso specifico, bensì si dovrebbe limitare a giudi-

care un caso concreto a partire da certi eventi e da certe norme e su richiesta di certe parti.

Per contrarrestare una tale strategia Waldron deve sostenere e offrire un'immagine abbastanza idealizzata e per certi versi ingenua del legislatore (45). Ne coltiva infatti una visione rousseauviana, senza tener conto innanzitutto della cruda "realtà effettuale" e poi di due sviluppi più moderni dell'istituzione parlamentare. Questa è strutturata e fors'anche dominata dalla "forma partito", dalla declinazione egocentrica cioè del moderno partito politico. La pluralità e l'indipendenza delle posizioni parlamentari risultano drasticamente ridimensionate. In secondo luogo il potere legislativo dei nostri giorni si presenta di sovente come una sorta d'appendice del potere esecutivo; non è l'esecutivo, il governo, un prodotto del parlamento, bensì (grazie al controllo assicurato dalla "forma partito") accade piuttosto il contrario. In tale situazione le deliberazioni parlamentari sono pesantemente condizionate dalle esigenze politiche più o meno contingenti, più o meno trasparenti e strumentali, del potere esecutivo (e del suo "partito"). Sono le politiche e il programma del governo, e una certa rimodulazione dell'antica "ragione di Stato", o interessi del tutto particolari, se non addirittura personali — come rivela il recente caso italiano —, che hanno fin troppo spesso il sopravvento nelle deliberazioni parlamentari.

La vicenda della guerra di Irak nel marzo del 2003 e della discussione parlamentare che l'ha preceduta e autorizzata negli Stati Uniti e nel Regno Unito dimostrano l'amorale vischiosità della deliberazione parlamentare con un'evidenza che non esito a definire tragica. Il campo di concentramento di Guantanamo e le torture lì ed altrove praticate dalle autorità statunitensi sono il frutto di deliberazioni anche parlamentari; ed è solo grazie a decisioni giudiziali che quelle pratiche sono state giuridicamente e moralmente efficacemente contestate. Se il parlamento inglese accetta la sospensione indefinita dell'*habeas corpus*, ciò non vale per la *House of Lords* (un organo giudiziale corrispondente per certi versi ad una corte costituzionale) che invece quella sospensione dichiara illegittima.

(45) Il che è la sostanza della critica che a Waldron dirige Thomas Nagel nella sua recensione di *The Dignity of Legislation* (vedi T. NAGEL, *Rock Bottom*, in « London Review of Books », vol. 21, 14 ottobre 1999).

Ciò che è stato fatto richiamandosi anche a diritti fondamentali e princìpi di forte valenza morale ritenuti prevalenti e permanenti rispetto alle decisioni contingenti della maggioranza parlamentare. Del resto, è lo stesso Waldron che indignato dalla riadozione della tortura e dalla sua giustificazione da parte di certa dottrina giuridica statunitense si richiama, per resistervi e affermarne l'illegittimità non solo morale ma anche e soprattutto giuridica, agli "archetipi" del diritto, vale a dire a delle specie di "tabù" fondanti, di valori morali assoluti, che sarebbero intrinseci allo Stato di diritto (46).

Se è vero che sono stati dei tribunali a difendere la decenza dei nostri ordinamenti giuridici in questi tristi tempi d'emergenza e di crisi, mentre i parlamenti assecondavano gli istinti più bassi e facili disegni autoritari degli esecutivi, allora, può obiettarsi seriamente alla tesi della superiorità del ragionamento morale del legislatore rispetto a quella del giudice (costituzionale). Quest'ultimo per lo meno può più agevolmente prendere distanza e smarcarsi dagli orientamenti e dai condizionamenti (o dalle manipolazioni) del potere esecutivo, e fors'anche, va detto, dalle "lobbies", dai gruppi di pressione, che in maniera sempre più sfacciata provano, e riescono, a determinare il voto dei singoli parlamentari.

Alla critica di Waldron, per cui il ragionamento morale del parlamento è superiore per qualità a quella del giudice costituzionale, tesi che si presenta innanzitutto come constatazione empirica, rilevazione politologica, saremmo tentati di rispondere puntando il dito per esempio sul parlamento italiano, in questo decennio ostinatamente impegnato a dettare provvedimenti di impunità per un solo uomo, il leader del partito di maggioranza, domandandogli quasi per scherno: Ti sembra veramente che lì si ragioni moralmente? L'esperienza di questo primo scampolo di secondo millennio ci dice anche che senza l'intervento dei tribunali la tortura sarebbe stata ammessa come strumento probatorio nel Regno Unito (47) ed agli stranieri sarebbe stato negato l'*habeas corpus* (48). E che senza

---

(46) Vedi il suo coraggioso e intelligente *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White Hous*e, in « Columbia Law Review », 105 (2005), p. 1681 e ss.

(47) Vedi la sentenza della *House of Lords* dell'8 dicembre 2005 ([2005] UKHL 71).

(48) Vedi *A. v. Home Secretary* [2004] UKHL 54.

l'intervento dei tribunali in Italia la corruzione del più potente e del più ricco sarebbe stata dichiarata perennemente impune (49).

Waldron potrebbe replicare che la tesi della superiorità del ragionamento morale del parlamento è argomento morale, non constatazione empirica, che il ragionamento di un'assemblea parlamentare in via di principio, in ragione della sua rappresentatività, gode di un credito morale maggiore di quello che può concedersi alle deliberazioni di un ristretto consesso di giusperiti. Sulla plausibilità di una tale tesi normativa si potrà essere d'accordo; ma dovrà allora farsi ricorso a qualche elemento oggettivo, e dunque di cognitivismo etico, che Waldron tuttavia non sembra poter accettare (50). Si potrebbe allora ritorcere l'argomento di Waldron secondo il quale in ultima analisi il valore cognitivo dei giudizi morali, quale che esso sia, è irrilevante per dirimere la questione del controllo di costituzionalità (51). Si potrebbe replicargli che, se è così, lo sarà anche rispetto alla plausibilità del giuspositivismo "normativo" e dell'assoluta sovranità del parlamento da lui propugnati.

Per ultimo, per ciò che concerne la prima tesi critica di Waldron, quella che ruota intorno all'affermazione per cui il cittadino sarebbe fondamentalmente "disempowered", privato di poteri, dai tribunali, per cui cioè questi ultimi gli sottrarrebbero sovranità, mentre gli organi legislativi gliene concederebbero una porzione effettiva, Waldron giunge a sostenere che nell'idea di giustizia costituzionale v'è qualcosa di contrapposto od ostile ai « princìpi di uguaglianza politica di solito concepiti come cruciali per la democrazia » (52). Rispetto a tale tesi mi pare di potere obiettare nel modo seguente.

« We want to have our say » (53), vogliamo poter dire la nostra — dice Waldron. E aggiunge che ciò ci sarebbe impossibile nel processo o dinanzi al giudice. Ora, però, un processo giudiziale è

---

(49) Si veda per esempio la sentenza 262/2009 della Corte costituzionale italiana emanata il 7 ottobre del 2009.

(50) In merito mi permetto di rinviare al mio *La verità del diritto senza verità*, in « Sociologia del diritto », 2013, n. 1.

(51) Vedi Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, cit.

(52) J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in « Yale Law Journal », 115 (2006), p. 1395.

(53) Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, cit., p. 45.

una situazione nella quale gli individui hanno molto da dire. È nel processo che i cittadini avanzano le loro pretese individuali in forma di diritti. È nel processo che rivendicano di essere nel giusto; è nel processo che possono provare ad ottenere una riparazione al torto subito. Ed è sempre nel processo che possono essere sentiti individualmente. Per certi versi e quasi paradossalmente nella deliberazione legislativa l'individuo e la sua specifica rivendicazione scompaiono nel *mare magnum* della volontà generale. Nel processo l'individuo rimane tale, con nome proprio, e non come nella deliberazione legislativa membro di una classe generale, ovvero portatore non di interessi o diritti specificamente *suoi*, bensì solo come titolare di interessi e pretese *universalizzabili*. Nel processo si ha riguardo specifico al *suo* caso per il quale l'individuo (la "parte") chiede un provvedimento concreto, *ad hoc*. Se la legge *ad personam* è un'aberrazione o un arbitrio, la sentenza generalmente non può che essere proprio diretta a parti ben identificate, cioè e per l'appunto *ad personam*.

Qui risiede la legittimità democratica della giurisdizione, nel fatto cioè non tanto che con essa si applichi la legge, la norma espressione della volontà generale, bensì nel fatto che di fronte ad essa giurisdizione si possano rivendicare e far valere i diritti *individuali* che la democrazia promette di realizzare e proteggere (54). Diritti senza giudici che li garantiscano sono un argomento, tra altri possibili (per esempio, considerazioni utilitaristiche o "policies") e talvolta più forti, nella deliberazione legislativa. Diritti dinanzi ai giudici (diritti cioè "azionabili") sono la ragione fondamentale della deliberazione rivolta a decidere d'una controversia giudiziale.

Su questo punto si gioca forse tutta la partita della giustizia costituzionale. Se i diritti fondamentali non vogliono rimanere mera retorica o solo una sorta di frammenti, di "scaglie" di norme, se sono norme vere, c'è bisogno di un giudice dinanzi al quale poterli reclamare. Aver paura del giudice costituzionale sembrerebbe allora essere lo stesso che temere la vigenza piena dei diritti costituzionali.

---

(54) Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.

FRANCESCO PALAZZO

VERITÀ COME METODO DI LEGIFERAZIONE: FATTI E VALORI NELLA FORMULAZIONE DEL PRECETTO PENALE (*)

1. Diritto senza verità? — 2. Funzione e legittimazione del diritto penale. — 3. Verità come metodo di legiferazione: beni giuridici e consenso sociale. — 4. La struttura fattuale della fattispecie e i suoi diversi gradi di verità. — 5. Obbligo di verità per il legislatore? — 6. Una parola per finire.

1. *Diritto senza verità?*

Uno dei nostri più grandi penalisti del Novecento, Giuliano Vassalli, all'indomani dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, in un lavoro dedicato alla memoria di Piero Calamandrei da poco scomparso, ebbe a scrivere queste parole alludendo appunto all'attività della Corte: « quando quelle prime decisioni uscirono ci sembrò che finalmente uscisse, liberato dalla nebbia delle paure e dall'intrigo degli arzigogoli, il Diritto [...]: semplice, chiaro, intellegibile a tutti [...]; espressione non di opportunità o di abilità, ma di verità ».

Mi ha sempre colpito questo richiamo *alla verità*, così convinto, addirittura quasi enfatico in un uomo dallo stile tanto sobrio ed austero e dall'argomentare tanto lucido e rigoroso. Ma soprattutto mi colpisce perché formulato da un giurista davvero immerso nella storicità del diritto, lontano da ogni *metafisica*. Un giurista che aveva vissuto sulla sua carne anche le miserie del diritto; che ebbe dunque sempre piena consapevolezza della "consistenza legale" del diritto e,

(*) È il testo della relazione svolta al Convegno organizzato dall'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, il 22 giugno 2012, su « 'Verità' del precetto e della sanzione alla prova del processo ».

ad un tempo, non cessò mai di professare una specie di "fede", spesso tormentata sì ma pur sempre convinta, nella legge formale come dimensione coessenziale del diritto, in particolare penale.

Oggi, un altro grande giurista, Natalino Irti, forse più incline alla riflessione filosofica che storica, intitola l'ultimo volume della sua trilogia *Diritto senza verità*. Il civilista filosofo perviene dunque, al termine della sua lunga disincantata ricerca, a concepire un diritto indifferente ai contenuti, capace di poter tutto accogliere e tutto convertire in legge. Icasticamente la conclusione è che « l'addio alla verità sospinge al centro del diritto la decisione di scelta, la volontà mia tua nostra di entrare in un insieme di norme ».

Dunque, Vassalli lo storico invoca la verità del diritto; Irti il filosofo congeda il diritto dalla verità. Può forse apparire strano: si direbbe quasi che la sensibilità storica sta alla verità del diritto come la sensibilità filosofica sta al nichilismo giuridico. Ma davvero è strano, quasi contraddittorio, che proprio chi ha maggiore coscienza della ineliminabile relatività storica del fenomeno giuridico guardi al cielo alto della verità e chi, invece, assolutizza il diritto nella forma vuota delle sue procedure abbandoni l'idea di verità? O forse è una contraddizione apparente?

Sì, perché chi vede cangiare i contenuti del diritto, chi ne constata le degenerazioni e financo le aberrazioni, forse avverte ad un certo punto la necessità di traguardare oltre questo relativismo contenutistico, in un bisogno quasi etico di credere ad una (o alla) verità del diritto. Chi invece inclina all'assoluto della normatività trovandolo nel formalismo necessariamente vuoto delle "procedure" di formazione della volontà normativa, non può che congedarsi appunto dalla verità dei contenuti, pervenendo a (o conquistando?) una visione del fenomeno giuridico che non è turbata dalle aberrazioni e dai cadaveri delle leggi ingiuste ma ha la desolazione immobile forse ancor più disperante di chi contempla il nulla.

La contrapposizione che abbiamo voluto instaurare tra queste due grandi figure incarna la irriducibile contraddizione, o quanto meno l'ineliminabile complessità, esistente nel rapporto tra diritto e verità. Non può certo toccare a me tornare su questa complessità e tantomeno cercare di sciogliere le contraddizioni più laceranti. Mi limiterò piuttosto a ripercorrere questa complessità riferendola specificamente al diritto penale sostanziale. Può essere utile allo scopo

procedere distinguendo a seconda che la verità venga in gioco come *contenuto dei precetti* ovvero come *metodo di legiferazione.*

2. *Funzione e legittimazione del diritto penale.*

Da un punto di vista generale, è ben difficile negare che « la validità sta alle proposizioni prescrittive come la verità sta alle proposizioni descrittive ». Del precetto, insomma, si può predicare la validità; della descrizione — e solo di essa — la verità. Appurato ciò, è anche indubbio che il precetto penale, o più in generale punitivo, nasce nella realtà non già in ragione esclusiva della sua validità ma della sua funzionalità. La validità è, per così dire, un attributo essenziale ma strumentale del precetto rispetto alla funzionalità. E in una visione laica del diritto penale solo la funzionalità teleologica dei precetti può essere adeguato titolo di legittimazione della legge penale e della pena. Ebbene, è proprio la funzionalità dei precetti a chiamare in causa la verità, quantomeno la verità dei presupposti su cui si fonda il ragionamento funzionalistico all'origine dei precetti.

Per chiarire: se la funzionalità precettiva risiedesse nella *capacità motivante* del precetto, insomma nella tradizionale funzione di deterrenza della pena, allora quella funzionalità dipenderebbe totalmente dalla verità dell'assunto del libero arbitrio e quindi, oggi, dai contributi che sono in grado di dare sul punto le cosiddette neuroscienze. Se, diversamente, la funzionalità precettiva fosse quella di concorrere con la pena alla stabilizzazione sociale, allora quella funzionalità dipenderebbe dalla verità dell'assunto, sociologicamente molto complesso e articolabile in numerosi assunti secondari, per cui la "penalità" è una delle istituzioni sociali al pari di tante altre deputate a tenere insieme gruppi ed individui.

Il deficit di verità relativo alle premesse delle diverse ipotesi di funzionalità precettiva è all'origine della crisi di legittimazione del diritto penale. Fin quando il diritto penale ha trovato la sua *ratio essendi* nel dare veste e conferma terrena a precetti ricavati da un ordine pre-costituito, il problema della sua verità davvero s'identificava nella corrispondenza ai precetti ultramondani facendo tutt'uno con la validità. Una volta sganciato dall'ordine ultramondano, il diritto penale ha cominciato a soffrire la crisi della sua legittimazione

non già per un deficit di astratta razionalità dei paradigmi funzionali di volta in volta assunti, bensì per un deficit di conoscenza e dunque di verità delle premesse fattuali presupposti da quei paradigmi.

Questo deficit, e nello stesso tempo quasi "ansia", di verità è particolarmente avvertito dal penalista: molto difficilmente egli può barattare la verità con la validità del diritto. Lo impedisce la natura afflittiva e violenta della pena, che non può accontentarsi della validità dei precetti punitivi. L'ansia di verità è, dunque, perfettamente comprensibile, e non solo quando essa gode dell'appagamento offerto dall'ordine ultramondano, ma ancor più quando essa soffre per l'incertezza delle premesse su cui si dovrebbe fondare il funzionalismo del diritto penale laico e secolarizzato. Un'ansia di verità che nella misura in cui è destinata a rimanere insoddisfatta alimenta, come dicevamo, una perenne crisi di legittimazione.

3. *Verità come metodo di legiferazione: beni giuridici e consenso sociale.*

Anche ponendoci da un punto di vista più particolare ed analitico, appare riduttivo escludere il predicato di verità rispetto alle proposizioni prescrittive. Di verità è dato parlare infatti almeno come metodo di legiferazione. E ciò per la buona ragione che i precetti penali sono, a prescindere dalla loro funzionalità di cui già abbiamo parlato, costruiti tutti mediante descrizioni di fatti, sebbene certamente si tratti ovviamente di fatti ipotetici ma sempre di rappresentazioni di fatti si tratta.

Rispetto a questa dimensione dei precetti rappresentativa e descrittiva di fatti, il discorso sulla verità assume per così dire due gradazioni: in primo luogo, si pone un'*istanza* di verità; in secondo luogo, si tratta di vedere se esiste addirittura un *obbligo* di verità per il legislatore. Naturalmente, nonostante la dimensione "fattica" insita nei precetti penali, tuttavia qui la verità viene in gioco più come metodo di legiferazione che come contenuto dei precetti puntualmente corrispondente ad un dato dell'esperienza che in effetti rimane ipotetico nella dimensione della previsione legale (la c.d. fattispecie legale).

Il discorso deve procedere tenendo distinti i due piani dell'istanza e dell'obbligo di verità.

Cominciando dal primo, va premesso che la fattispecie è una medaglia a due facce: da un lato, il suo *contenuto di disvalore* che costituisce la ragione dell'incriminazione; dall'altro, la *struttura fattuale* in cui s'incarna quel disvalore secondo il principio di tipicità. Indubbiamente, rispetto al contenuto di disvalore l'istanza di verità si rivela più problematica per la buona ragione che i beni giuridici non sono realtà naturalistiche come tali preesistenti nel mondo della natura, bensì il risultato di scelte valutative motivate dalle esigenze umane. Tuttavia, questa natura del contenuto di disvalore della fattispecie non esclude che si possa porre un'istanza di verità, sotto il prevalente profilo del metodo di legiferazione.

In effetti, se è vero che all'origine dei beni giuridici vi sono le "esigenze umane", altrettanto vero è che queste sono dati reali suscettibili di raggiungere gradi per così dire di consolidazione e "percepibilità" talvolta elevati. Ma soprattutto va considerato che nel mondo del diritto penale il bene giuridico si accredita e si legittima sulla base del *consenso sociale* di cui gode. E il consenso sociale è un fatto, un fatto reale, che si forma certamente in ragione di complessi processi valutativi, ma quando viene ad esistenza non cessa per ciò di essere un fatto. Esigenze umane e consenso sociale sono indubbiamente di difficile verificazione empirica, così da rendere sempre relativamente incerta la corrispondenza tra le proposizioni (anche normative) sui beni giuridici e la "reale" consistenza sociale di questi ultimi. Ma la difficoltà di accertamento e di verificabilità non esclude la consistenza "fattica" di queste realtà sociali: la verità non cessa di esser tale, almeno come metodo di legiferazione, per la difficoltà di accertarla.

Il problema è semmai un altro. E cioè che su questo piano la verità è soggetta al rischio di una possibile deriva proprio in tanto in quanto si ceda alla tentazione di convertirla da istanza di legiferazione a requisito contenutistico del disvalore della fattispecie. Per cercare di essere più chiari: nel momento in cui i beni giuridici cessano di accreditarsi in ragione del consenso sociale e si pongono come intrinsecamente "veritieri" perché non negoziabili o indecidibili nella loro assolutezza, allora si crea un pericoloso allentamento della verità come metodo di legiferazione con conseguente messa in gioco della stessa democrazia. Più al fondo, si apre una conflittualità

tra verità come metodo di legiferazione e verità come oggetto di tutela penale.

Assunti come dati indiscutibili e talvolta ricavati da presunte "leggi di natura" se non addirittura identificati con esse, i beni giuridici vengono così a reintrodurre nel diritto penale una sorta di politeismo fideistico di valori che, mentre rilancia un'idea di verità contenutistica, svaluta quella di verità come metodo di legiferazione ed insieme ad essa il ruolo democraticamente fondante del consenso sociale.

Insomma, se — contrariamente alle aspettative scettiche — di verità è possibile parlare anche in rapporto al contenuto di disvalore della fattispecie, questa va intesa nel suo senso debole di metodo di legiferazione più che come predicato dei contenuti di disvalore; altrimenti potrebbe entrare in sofferenza lo stesso fondamento democratico delle scelte di criminalizzazione.

4. *La struttura fattuale della fattispecie e i suoi diversi gradi di verità.*

Rispetto alla struttura fattuale dell'incriminazione il rapporto con la verità è decisamente più stretto, proprio perché qui il precetto penale viene in considerazione quale proposizione descrittiva di fatti. Peraltro, dato il carattere evidentemente ipotetico dei fatti descritti, l'idea di verità come corrispondenza subisce una sorta di adattamento. Nel senso che, più che di corrispondenza della proposizione ad un pre-dato della realtà naturalisticamente esistente nella sua irripetibilità storica, si tratterà di verificabilità empirico-fattuale di quanto descritto dalla fattispecie. Insomma, si potrebbe dire che la verità sta più che nella proposizione descrittiva di fatti, nei fatti descritti dalla proposizione normativa.

Nonostante la maggiore "fatticità" insita in questo lato strutturale del precetto, la verificabilità empirica non può essergli predicata sempre nella stessa misura. Sembra piuttosto possibile immaginare una sorta di scala d'intensità lungo la quale si dispone la verificabilità empirica del fatto di reato, a seconda del tipo di materiale — per dir così — utilizzato dal legislatore nella costruzione della fattispecie. Procediamo a larghi tratti, andando in senso

decrescente dal massimo al minimo di verificabilità degli elementi di fattispecie.

Al primo posto sta il *naturalismo* pieno di quegli elementi, non a caso chiamati appunti "naturalistici" dalla dottrina, che richiamano dati di realtà suscettibili di una percezione diretta con i sensi: eventi della natura (come morte, lesioni, valanghe, incendi, e così via enumerando), comportamenti materiali, cose mobili o immobili, situazioni di tempo o di luogo, ecc. Tutti elementi che certamente possono dare e danno luogo a questioni interpretative quanto al significato semantico e alla portata applicativa della proposizione normativa, ma rimangono però afferrabili senza difficoltà nella loro consistenza naturalistica una volta che sia stato interpretativamente chiarito il loro significato.

Al secondo posto viene lo *psicologismo* di tutti quegli elementi che, per il fatto di attenere appunto alla sfera psichica dell'uomo, sfuggono ad una verificabilità empirica che sia sempre completa ed esauriente. Salvo, peraltro, i progressi presenti e futuri delle neuroscienze, le quali tendono in effetti a tradurre in termini anche sperimentalmente verificabili taluni fenomeni psichici di cui finora si è affermata l'esistenza sulla base di un *background* conoscitivo non privo di "convinzioni". Lasciando stare nozioni come quelle di imputabilità e di pericolosità, fortemente intrise di componenti anche valutative, possiamo esemplificare con quello "stato di totale soggezione" psichica che costituiva il fulcro del delitto di plagio, oppure con il dolo eventuale e la contigua colpa con previsione. Nozioni come queste, le ultime delle quali registrano oggi una rinnovata e straordinaria rilevanza applicativa, presentano un grosso rischio: quello cioè che si ipostatizzino qui nozioni *concettuali* come tali in sé razionali ma divorziate da una appagante loro verificabilità empirico-fattuale, che pure in teoria sarebbe richiesta al giudice.

Al terzo posto si colloca il *normativismo* di quegli elementi nei quali si realizza la conversione di un impossibile, o difficile, giudizio di fatto in un giudizio nomologico, come tale più accessibile all'esperienza giuridica. È questo il campo, ad esempio, soprattutto della colpevolezza e degli svariati giudizi correlativi. L'impossibilità di ricostruire l'effettivo processo motivazionale del reo è compensata mediante una serie di giudizi (prevedibilità, evitabilità, conoscibilità, esigibilità) il cui esito è possibile solo mediante deduzioni nomolo-

giche fondate su parametri normativi: il loro carattere astratto è ben indiziato dai sostantivi (tutti terminanti in *-ità*) che li designano. Anche in materia di causalità non sempre, nonostante tutto, regna sovrano l'accertamento empirico-fattuale di catene causali molto verosimilmente esistenti ma spesso insuscettibili di una puntuale ed analitica ricostruzione in ogni loro anello.

All'ultimo posto stanno le *presunzioni*. Qui si accetta *ex professo* per così dire, anzi si vuole francamente, il divorzio tra la proposizione normativa e il dato di realtà fattuale, sbarrando deliberatamente la strada al giudice per qualunque verifica empirico-fattuale e, dunque, mettendo nel conto a priori la non-verità dell'affermazione normativa.

Riepilogando ora sulla verità della struttura fattuale del precetto, è facile constatare la variabilità del grado di scostamento dalla verità. Mentre nelle presunzioni la verità è addirittura interdetta al giudice, nel normativismo dei giudizi nomologici gli sono offerte delle scorciatoie che non gli impediscono però una più approfondita ricerca della verità ove possibile: è rimessa alla sensibilità del singolo giudice e alla fine della giurisprudenza nel suo complesso la conversione dei giudizi nomologici in giudizi sempre più fattuali, e sta dunque nella fisiologia della esperienza giuridica di lungo periodo l'evoluzione in un senso o nell'altro. Lo psicologismo, invece, imporrebbe al giudice di stare ancorato alla verifica fattuale della "verità" della fattispecie, facendo ogni sforzo, spesso difficile, per raggiungerla sempre che, però, l'elemento psichico non si sottragga — almeno allo stato attuale delle conoscenze — ad un accettabile grado di verificabilità empirica.

Sulla base di quanto sopra, è anche possibile formulare qualche conclusione sulla legittimità della fattispecie penale in ragione del suo grado di scostamento dalla verità. Le presunzioni dovrebbero tendenzialmente avere un carattere assolutamente eccezionale, essendo ammissibili solo se imposte da prevalenti esigenze di tutela non altrimenti realizzabili. All'estremo opposto gli elementi di natura psichica non suscitano particolari riserve se non quando si collocano oltre la soglia dell'afferrabilità empirico-fattuale. Gli elementi, infine, che rimandano a giudizi nomologici debbono poter contare per così dire sulla buona volontà della giurisprudenza, nel senso che, ferma restando la loro legittimità in via di principio, non è escluso che nel diritto vivente si registri un impigrimento giuri-

sprudenziale capace di trasformare sostanzialmente in presunzioni i giudizi nomologici. Per la verità, la situazione della nostra attuale giurisprudenza sembra essere nel complesso variegata, con luci (come, ad es., per la c.d. misura soggettiva della colpa) e ombre (come, ad es., per l'inevitabilità dell'*ignorantia legis*).

5. *Obbligo di verità per il legislatore?*

Ma esiste realmente un obbligo, che evidentemente non potrebbe che essere costituzionale, di legiferare secondo verità?

Si direbbe proprio di sì, se si considera la famosissima sentenza della Corte costituzionale sul plagio o anche l'ostilità da essa palesemente dimostrata per le presunzioni specie di pericolosità. Peraltro, se nella sentenza sul plagio la verità ha fatto il suo ingresso nel giudizio di costituzionalità per il tramite del parametro della determinatezza della fattispecie, la giurisprudenza sulle presunzioni utilizza più opportunamente quello della eguaglianza/ragionevolezza. In effetti, l'ampiezza operativa di quest'ultimo parametro è tale che esso si presta a censurare norme irragionevoli *perché* contrarie a premesse o metodi di verità.

Tra parentesi noteremmo a questo punto che il canone della ragionevolezza è talmente ampio che esso potrebbe addirittura prestarsi ad assumere nel suo spettro applicativo anche altre accezioni della verità, diverse dalla verità come corrispondenza, che qui abbiamo lasciato in ombra e che invece potrebbero assumere un ruolo preponderante in campo giuridico. Alludiamo alla verità come "coerenza" rispetto ad un sistema dato di principi e alla verità come "utilità" rispetto ad uno scopo perseguito.

Lasciando da parte simili prospettive, rimane il fatto che una norma "non veritiera" — perché non corrispondente a certe premesse di verità fattuale o comunque meta-normativa — può essere incostituzionale in quanto *arbitraria*, cioè in quanto priva di una sua ragionevole giustificazione: ragionevole alla luce, prima di tutto o anche, delle premesse di verità fattuale. Insomma, non la verità *come tale* è parametro di costituzionalità, ma quale uno dei possibili criteri di non arbitrarietà e di ragionevolezza della legge. Ciò significa, in definitiva, che non sussiste un obbligo *assoluto ed incondizionato* di verità, ma un campo più aperto di valutazione in cui la verità entra

senza però esaurirlo. E questa è probabilmente una conseguenza della pur sempre ineliminabile prescrittività del diritto. Sebbene in penale l'esigenza di verità sia particolarmente forte proprio in ragione dell'esigenza di legittimare extranormativamente, nella verità appunto, la micidiale arma punitiva, ciò nondimeno sono presenti anche qui presunzioni non facilmente eliminabili, come ad esempio quelle in tema di imputabilità. Ciò sembra dipendere proprio dalla dimensione pur sempre prescrittiva del diritto, che immette la verità nel più articolato giudizio di ragionevolezza della legge.

Ma c'è ancora dell'altro. Ammesso in linea di principio un obbligo, seppur relativo, di legiferazione secondo verità, non c'è dubbio che il suo cammino nell'esperienza penalcostituzionale è piuttosto lento e talvolta accidentato. Vengono a proposito le lucide parole di Domenico Pulitanò: « collocato per così dire al confine del merito politico, il campo dei giudizi di fatto sottesi alle scelte del legislatore appare refrattario al controllo di legittimità costituzionale cui pure è teoricamente aperto ». È naturale chiedersi perché.

Indubbiamente può apparire sorprendente il fatto che questo *self-restraint* della Corte, questo spingere i giudizi di fatto e di verità verso il merito politico riguardi proprio quei giudizi che per loro natura dovrebbero essere invece i più *wertfrei*, i più liberi da valori e valutazioni e dunque — tutto al contrario — i più distanti dal "merito". E in effetti la Corte si rivela, in campo penale come in generale, più disinibita proprio nei giudizi di valore relativi alla meritevolezza di tutela dei beni giuridici e al loro bilanciamento. Anzi, com'è ben noto, proprio il bilanciamento è terreno d'elezione del più frequente e più significativo impegno argomentativo della Corte. Insomma, non sarebbe fuori dal mondo chi ritenesse di scorgere una contraddizione in questo comportamento della Corte che, specie in penale, manifesta sempre cautela nell'evitare di invadere la sfera della discrezionalità politica e poi si contiene proprio nei giudizi che sembrerebbero più distanti da quella zona minata.

Sarei tentato di arrischiarmi a prospettare due ipotesi di spiegazione al riguardo.

In primo luogo, si può pensare ragionevolmente che la Corte si senta padrona dei giudizi di valore ma non parimenti di quelli di fatto. I giudizi di valore costituiscono il suo mestiere per la buona ragione che il diritto è essenzialmente scelta di valori e loro bilanciamento.

Non così per i giudizi di fatto, rispetto ai quali probabilmente la Corte avverte di non poter padroneggiare interamente gli strumenti conoscitivi. In un quadro del sapere scientifico oggi così complesso e specialistico, spesso anche connotato non solo da pluralismo ma anche da incertezza, la Corte non può essere autosufficiente nell'utilizzazione dei giudizi di fatto ma finisce immancabilmente per subire i parametri di giudizio dall'esterno, finisce insomma per essere quasi eterodiretta. Senza contare poi i rischi che provengono dalla c.d. scienza spazzatura: la mancata padronanza degli strumenti conoscitivi per distinguere e per avventurarsi in giudizi di fatto sempre più sofisticati renderebbe la decisione molto esposta a possibili contestazioni. Con la conseguenza che la Corte preferisce allontanare da sé questo tipo di giudizio, spingendolo nel "merito politico" insindacabile.

In secondo luogo, si può ipotizzare con molta cautela anche la presenza di una seconda ragione, più propria del diritto penale, per cui la Corte evita di avventurarsi nel campo di quei giudizi di fatto che le conferirebbero il ruolo di paladina di un'istanza assoluta di "verità normativa". Certo che il diritto penale ha a che fare con i fatti: l'abbiamo visto a proposito delle premesse fattuali della sua funzione e poi a proposito della formulazione della struttura fattuale della fattispecie. Ciò posto, però, il compito regolativo del precetto non consiste esclusivamente nella composizione di una determinata situazione di conflitto d'interessi, non si esaurisce nel conformare uno stato di fatto in modo che sia corrispondente all'equilibrio d'interessi perseguito. Sicuramente questo è il risultato finale cui anche il precetto penale tende in ultima analisi. Ma, a differenza dagli altri rami del diritto, quello penale usa uno strumento precettivo che vede il comportamento umano quale condizione essenziale per il raggiungimento del risultato: le norme penali sono insomma norme precettive di comportamento. Tra la norma regolativa e il risultato regolato vi è di mezzo l'uomo con tutta la sua umanità e il suo mistero. E la "verità dell'uomo" continua ad essere sfuggente.

Questa ineliminabile "presenza umana", per così dire, inietta nel patrimonio genetico e strutturale di ogni istituto penalistico buone dosi — più o meno visibili — di una sostanza in qualche modo metafisica, nel senso che sfugge comunque ad un integrale severo e rigoroso giudizio di verità fattuale. Anche dopo e nonostante ogni doveroso sforzo di secolarizzazione del diritto penale,

resta questa componente che, pur non derivando certo da realtà trascendenti, ma anzi al contrario umane, "troppo umane", si sottraggono però alla pretesa di verità e al controllo dei giudizi di fatto. La verità deve alla fine venire a patti con questa sorta di virus circolante in molti significativi istituti del diritto penale. La causalità, per esempio, nonostante i grandi progressi di questi ultimi anni, non cessa di rimanere in bilico tra il naturalismo delle leggi scientifiche di verità e il normativismo di giudizi ispirati a parametri "umani". Per non parlare poi della colpevolezza, sulla quale abbiamo già avuto modo di fare qualche cenno.

Chiamare la Corte costituzionale a giudicare su scenari così complessi e sfuggenti, fortemente influenzati da correnti culturali profonde, sarebbe del tutto implausibile. Salvo casi assolutamente estremi, come quello del plagio, è del tutto naturale che la Corte si ritragga dal controllo dell'istanza di verità e dai giudizi di fatto in quanto sempre necessariamente condizionati — inquinati? — da quella "presenza umana" evocata dalla natura del precetto penale.

6. *Una parola per finire.*

La verità del precetto penale è dunque un orizzonte molto problematico, nel quale pochi punti chiari sono immersi in molte zone d'ombra o addirittura buie. Probabilmente, lo spietato razionalismo di Irti ha dalla sua, oltre al resto, la difficoltà logica di ammettere una verità a mezzo servizio nel mondo del diritto: più coerente deporre ogni esitazione e legittimare l'esistenza dell'esperienza giuridica sul solo volontarismo. Tuttavia, chi scrive continua a sentirsi più vicino a Giuliano Vassalli e al suo tormentato, laico anelito verso una difficile verità del diritto penale.

FEDERIGO BAMBI

LA CHIAREZZA DELLA LINGUA DEL DIRITTO (*)

Non è difficile alle volte superare un luogo comune. Basta cercare lo strumento o la persona adatta. E saper trovare le parole giuste. No, alle volte non è proprio difficile:

> Allora, appena fuori dalla barriera daziaria, le lastricate vie di città sboccavano nella campagna: e quelle che oggi sono le ferrigne piste d'asfalto fatte per la velocità, erano allora pacifiche e soffici strade maestre, fatte per il sonno dei barrocciai. Mi par di ricordare che correre su quel morbido strato, strisciando apposta i piedi per sollevare dietro di me un polverone più alto, sia stato uno dei miei primi vanti; nasce negli uomini, ancor prima della ragione, la passione di apparire più di quel che sono: io cominciai col darmi arie da locomotiva.

Un macchiaiolo, un macchiaiolo con la penna, si direbbe. E invece no: è un giurista. Uno che certo con le parole ci sapeva fare, Piero Calamandrei che nell'*Inventario della casa di campagna* (1) rievoca, spesso con un velo di malinconia, immagini e colori della sua infanzia.

In pagine d'altro tipo, più legate alla materia professionale e al diritto, il timbro è diverso, meno evocativo e leggero, ma certo non privo di brillantezza:

> M'è accaduto qualcosa che non capita tutti i giorni: leggere un libro giuridico

---

(*) Esce qui con qualche ritocco e con l'aggiunta delle note la relazione introduttiva al convegno *I linguaggi del diritto: esperienze a confronto*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e dalla Fondazione Scuola Forense Alto Tirreno, e svoltosi a Pisa il 30 novembre 2012.

(1) Il libro viene stampato a Firenze nel 1941 presso l'editore Le Monnier, ed è ripubblicato in veste ampliata a Roma nel 1945. L'esempio è tratto dall'edizione di Firenze, Vallecchi, 1989, p. 19.

> tutto d'un fiato, con crescente consenso ed anche con crescente gratitudine dalla prima all'ultima pagina [...] (2).

Svelo subito il titolo e l'autore del volume: *La certezza del diritto*, pubblicato da Flavio Lopez de Oñate nel 1942, e che Calamandrei recensisce nello stesso anno sulla « Rivista di diritto commerciale » (3). C'è, implicito, un giudizio su una certa ordinaria pesantezza dei testi di diritto, ma anche la dimostrazione *per tabulas* che — almeno in certe occasioni — anche il giurista che scriva delle cose proprie possa trovare uno stile incisivo e avvincente.

Se ci si allontana ancora un poco dal taglio letterario del narratore, e si va a leggere qualche pagina del Calamandrei dei saggi paludati di diritto processuale, si riscontra una lodevole continuità con lo stile che già conosciamo: chiarezza estrema nella costruzione del periodo, solo alle volte affogata da un'eccessiva prolissità. Penso soprattutto ai due volumi del 1920 sulla *Cassazione civile* (4).

Insomma, a saperlo cercare, si riesce pure a trovare lo scrivere d'un giurista, e poi anche, nello specifico, lo scrivere di diritto, che vadano esenti dalle critiche ricorrenti che da secoli vengono addebitate alla lingua giuridica: artificiosità, ridondanza, scarsa chiarezza (5). E si supera così il luogo comune che la lingua del diritto sia — sempre — un'antilingua, per definirla con Italo Calvino (6).

Che poi anche quest'ultimo Calamandrei, di cui abbiamo or ora detto, possa essere davvero capito da tutti, questa è tutt'altra questione. Entra in gioco qui non tanto il modo di costruzione della frase e del periodo, ma il tasso tecnico del lessico. E come per quello

---

(2) P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, a cura di Guido Astuti, Milano, Giuffrè, 1968, p. 169.

(3) « Rivista del diritto commerciale », XL (1942), I, pp. 341-357.

(4) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Milano-Torino-Roma, Bocca, 1920, 2 voll.

(5) E che la letteratura ha sovente preso in giro, ad iniziare almeno dal Boccaccio e dal Sacchetti, come ricorda Piero FIORELLI, *La lingua del diritto e dell'amministrazione*, in *Intorno alle parole del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 33.

(6) Il passo è notissimo e citato fino all'abuso. Chi volesse può rileggerlo in I. CALVINO, *Una pietra sopra*, Torino, Einaudi, 1980, pp. 122-126; in origine l'articolo fu pubblicato sul quotidiano « Il giorno » del 3 febbraio 1965 con il titolo *Per ora sommersi dall'antilingua*.

di altre lingue professionali, la comprensione piena del lessico del diritto richiede conoscenze specialistiche, che in parte sono destinate a rimanere patrimonio degli iniziati. Solo in parte, però.

Infatti anche questo carattere "iniziatico" del lessico giuridico varia con il mutare della tipologia delle fonti, dei testi e soprattutto di coloro ai quali sono specificamente destinati. Non è certo un caso che proprio in questo convegno gli oggetti delle relazioni siano stati assegnati tenendo conto delle diverse caratteristiche degli scriventi e dei parlanti da un lato, e — appunto — dall'altro di quelle di chi legge o ascolta il discorso del o sul diritto: il linguaggio del legislatore, il linguaggio del professore, il linguaggio del magistrato, il linguaggio dell'avvocato, ma anche il linguaggio giuridico dalla parte degli studenti, etc.

Torna ancora utile Piero Calamandrei, con il celebre intervento all'Assemblea Costituente sulla necessaria chiarezza del linguaggio della Costituzione. Non fu solo dettato dall'amore per il bello stile e dalla passione letteraria, ma anche da una schietta esigenza giuridica (che forse andrebbe presa come modello).

L'oggetto della discussione era il testo del progetto di costituzione appena realizzato. E Calamandrei sbotta:

> se noi leggiamo questo progetto con quest'animo di critica positiva [...], dobbiamo [...] riconoscere che esso non è un esempio di bello scrivere: manca di stile omogeneo, direi che manca di qualsiasi stile (7).

E poi segue la citazione famosa, quella delle parole di Ugo Foscolo, che dichiara di voler compilare il Codice penale militare della Repubblica Cisalpina, della stesura del quale aveva ricevuto l'incarico,

> in uno stile rapido, calzante, conciso, che non lasci pretesto all'interpretazione delle parole, osservando che assai giureconsulti grandi anni e assai tomi spesero per commentare leggi confusamente scritte. Si baderà ancora a una religiosa esattezza della lingua italiana (8).

Caustica la chiosa di Calamandrei:

---

(7) *Atti della Assemblea Costituente*, *Discussioni*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1947, Vol. III, seduta del 4 marzo 1947, p. 1743.

(8) *Ibidem*.

> Ecco: questo progetto di Costituzione si sente che non è stato scritto da Ugo Foscolo... (9).

Vien da pensare: o bella, ma non è proprio la nostra Costituzione ad essere presa a modello di come dovrebbe essere scritto un testo normativo per la chiarezza, l'efficacia di sintesi, la comprensibilità (10)? Anche la Carta ha dunque avuto una fase genetica difficile sotto questo profilo, a detta d'un costituente.

Ma non si trattava, nella prospettiva di Calamandrei, di una pura questione stilistica e di bello scrivere: il problema — come bene si capisce dal seguito dell'intervento — erano i contenuti degli articoli, frutto di mediazione, e pertanto non ancora resi omogenei nel quadro complessivo della futura carta. E da Calamandrei — che poco dopo avrebbe aggiunto, lapidario: « Il nostro motto dovrebbe essere questo: "chiarezza nella Costituzione" » (11) — la limpidezza dello stile è considerata causa ed effetto della chiarezza del pensiero, dei concetti e dei contenuti espressi negli articoli. I quali articoli avrebbero dovuto essere tipicamente giuridici e non meramente programmatici. In altre parole, la chiarezza è garanzia della giuridicità dei contenuti. Il che è un po' come rivoltare lo stereotipo: macché lingua del diritto necessariamente involuta e ampollosa; la proposizione giuridica per essere veramente tale deve essere chiara.

Calamandrei si riferiva ad una fonte particolare, la Costituzione. Frutto di una idea comune, si conosce il risultato finale: la nostra carta fondamentale è stata scritta in modo semplice e piano, con un lessico poco tecnico e dunque comprensibile a tutti coloro che

---

(9) *Ibidem*.

(10) Delle caratteristiche della lingua della Costituzione si è occupato più volte Tullio DE MAURO, da ultimo nel saggio *Il linguaggio della* Costituzione, in « LId'O. Lingua italiana d'oggi », VI (2009), pp. 31-42. Si vedano anche M.A. CORTELAZZO, *Un elogio linguistico*, pp. 43-52; E. LESO, *27 dicembre 1947: lingua della Costituzione e lingua di tutti*, in *Un secolo per la costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, Atti del Convegno, Firenze, Villa Medicea di Castello, 11 novembre 2011, a cura di F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 277-290; e il recentissimo L. SPAGNOLO, *L'italiano costituzionale. Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, Napoli, Loffredo, 2012, dove il testo della carta fondamentale viene indagato con appuntiti strumenti filologici.

(11) *Atti della Assemblea Costituente*, vol. III cit., p. 1745.

avessero almeno un minimo di istruzione di base. Una costituzione nata dal popolo deve saper parlare direttamente al popolo: questo fu l'intendimento dei costituenti (12).

Per altre fonti e per altri tipi di discorso giuridico le cose cambiano, e, almeno a proposito di un aspetto, è inevitabile che la complessità divenga maggiore. Quando i destinatari primi non sono i "comuni" cittadini, il quoziente tecnico della lingua del diritto (ma lo stesso potrebbe dirsi per la lingua della medicina o dell'economia o della fisica) è destinato a crescere con l'aumentare del ricorso al lessico specialistico, fatto — come dicono i linguisti — di tecnicismi specifici, ridefinizioni, tecnicismi collaterali (13). La lingua della dottrina o quella della pratica giudiziaria (o anche quella dei codici) sono senza dubbio lingue più difficili e meno comprensibili di quella della costituzione. Ed è di tutta ovvietà che l'avvocato debba usare un lessico diverso a seconda che abbia da pronunciare la sua arringa di fronte ad un organo togato oppure di fronte alla corte d'assise. Magari potrà dare sfoggio delle medesime figure retoriche — tipiche del linguaggio parlato forense, mancano quasi del tutto nella lingua della legge (14) —, ma il lessico sarà sicuramente un altro: là più tecnico e preciso, qui con maggiore frequenza di parole tratte dalla

---

(12) Lo scopo fu raggiunto con un « lavoro lento e faticoso, di scavo e di ricerca della parola, che in aula si fa atteggiamento e prassi » (V. Deon, *Una lingua democratica: la lingua della costituzione*, in *La « lingua d'Italia »: usi pubblici e istituzionali*, Atti del XXIX Congresso della Società di linguistica italiana, Malta 3-5 novembre 1995, a cura di G. Alfieri e A. Cassola, Roma, Bulzoni, 1998, p. 196. E scrittura democratica è stata definita quella della Costituzione (ivi, p. 205).

(13) Al proposito B. Mortara Garavelli, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi, 2001, pp. 3-18; e anche L. Serianni, *Italiani scritti*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 112-118; nonché R. Gualdo e S. Telve, *Linguaggi specialistici dell'italiano*, Roma, Carocci, 2011, pp. 419-428.

(14) B. Mortara Garavelli, *La lingua delle Costituzioni italiane*, in *Le conversazioni di Dante2021*, a cura di D. De Martino, Ravenna, Longo, 2012, p. 30 e ss.: « L'assenza, ma è meglio dire l'esiguità numerica di figure retoriche, è considerata come tratto caratterizzante dei testi giuridici normativi. Vero, per quanto riguarda l'uso di figure come ornamenti; da prendersi con riserva, invece, se si tengono presenti quelle che appartengono all'uso comune non figurativamente marcato. Tra queste notiamo la presenza di personificazioni; gli usi metonimici; il ricorso a costruzioni negative interpretabili come litoti; le strutture iterative, che è quanto dire l'abbondanza, giustificata, di ripetizioni; le inversioni o anastrofi; le numerose dittologie ».

lingua comune, sapendo che è sempre incombente il rischio di non essere giustamente intesi, e — peggio — di sentir condannato il proprio assistito.

Insomma, del lessico specialistico il diritto non può fare a meno, e neppure — Cicero pro domo sua — dovrebbe prescindere da una storia del lessico giuridico; ma — secondo l'insegnamento di Calamandrei — non si dovrebbe neppure poter fare a meno della chiarezza e della trasparenza del periodo. Il bello stile o — perlomeno — una logica e piana sintassi dovrebbe sempre essere richiesta: non perché i contenuti siano capiti da tutti, ma perché possano essere correttamente intesi e applicati senza troppa fatica almeno dai professionisti del diritto. L'idea, del resto, coincide esattamente con quella esposta da Vittorio Scialoja nel 1911 in una sorta di appello ai giuristi:

> Ma scriviamo dei libri prima di tutto in una lingua tale che si possano intendere. È ora finalmente di ricordarsi di questo, perché vi è parecchia gente che crede che un libro sia tanto più scientifico quanto più si allontana dal vocabolario italiano. E non è una raccomandazione puramente lessicografica la mia: è una raccomandazione che tende a richiamare gli autori alla chiarezza delle idee. Una idea non può essere giuridica se non in quanto sia chiara; perché il diritto è arte di tracciare limiti, e un limite non esiste se non in quanto sia chiaro. E poiché non vi è pensiero giuridico se non in quanto sia chiaro, tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto! (15).

Parole vane. Perché, ad esempio, certi stereotipi sintattici, che storicamente appesantiscono il linguaggio giuridico, o alcuni settori di esso, ancora oggi ne rappresentano le cifre identificative, e potrebbero invece senza rimpianti venir messi in un cantuccio. Alcuni sono talmente connaturati che i cultori del diritto non ne apprezzano neppure più la stranezza.

Rubo, per fare un esempio, un'espressione difficile dai lingui-

---

(15) V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in « Rivista del diritto commerciale », IX (1911), I, p. 942. A proposito della posizione generale di Scialoja nel dibattito di quegl'anni tra certezze codicistiche e evoluzioni della giurisprudenza, espressa nell'articolo da cui si è tratto il passo citato, si veda G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in « Quaderni fiorentini », L (2011), pp. 781-812, e in particolare p. 790 e ss.

sti (16): voglio riferirmi, cioè, a certe "sovraestensioni dell'infinito in frasi completive", caratteristiche degli atti giudiziari e amministrativi. In parole semplici: in dipendenza di una principale si sostituisce un infinito ad una frase che potrebbe essere espressa in maniera esplicita. Ancora più chiaramente: nessuno di coloro che sono avvezzi a leggere testi giuridici sobbalza sulla sedia di fronte ad una frase come questa, « il difensore chiede applicarsi all'imputato la diminuzione della pena ». Provate però a spostare la medesima costruzione in un contesto completamente diverso, non giuridico, ma "normale". Chi dicesse: « la ragazza chiede applicarsi una toppa ai suoi jeans », verrebbe preso quanto meno per un tipo originale, se non addirittura per matto. Il giudice o l'avvocato che usano una costruzione di questo tipo sono invece perfettamente sani di mente, ma forse farebbero bene a cambiare la loro sintassi.

Oltre alla lingua della dottrina e della pratica del diritto, ci sarebbe, poi, da dire della lingua della legge. Non può certo la legge prescindere da un lessico tecnico, a differenza di quanto può invece in certa misura fare la costituzione. E soprattutto, il legislatore dovrebbe attenersi almeno a quelle regolette che da oltre due secoli (17) presiedono — o dovrebbero presiedere — all'attività di produzione delle norme. Le quali sono volte anche alla costruzione ordinata della frase e del periodo, come strumento per la corretta articolazione del contenuto giuridico: rigida scansione di soggetto, verbo, e oggetto nella frase; frasi e periodi brevi; preferenza della paratassi sulla ipotassi, assenza di rinvii da una norma all'altra etc. Che cosa invece oggi (18) accada nei nostri testi legislativi è sotto gli

---

(16) Riprendo da B. MORTARA GRAVELLI, *Le parole e la giustizia* cit., l'espressione (p. 156) e anche gli esempi (p. 161) che cito di seguito nel testo.

(17) E anche da prima, se si considerano le istruzioni che Vittorio Amedeo II di Savoia dette ai compilatori della seconda redazione delle *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1729), ispirato dal suo segretario di guerra, Andrea Tomaso Platzaert: anticipano una tecnica normativa che si spiegherà appieno solo con la codificazione (cfr. M.E. VIORA, *Le Costituzioni piemontesi*, Milano-Torino-Roma, Bocca, 1928, pp. 123-131; p. 214 e ss.).

(18) Non che nell'Ottocento e nel Novecento la lingua dei giuristi e dei legislatori andasse esente da critiche: si levarono da più parti infatti nel periodo della Restaurazione e anche in quello dell'Italia unita istanze puristiche (non soltanto Ferdinando Arrivabene e Maurizio Moschini nella prima metà del XIX secolo, ma anche, tra

occhi di tutti; e le ragioni, ho l'impressione siano molto spesso non tanto giuridiche o linguistiche, quanto politiche, come è emerso in un recente convegno sulla « buona scrittura delle leggi » che si è tenuto poco più di un anno fa alla Camera (19). E se le cose stanno davvero così, ho anche l'impressione che a poco possano servire i manuali di redazione delle leggi, le acquisizioni — recenti o meno — della legimatica e anche le norme che nelle leggi, nei regolamenti parlamentari e in quelli amministrativi sono state introdotte per migliorare lo stile e la chiarezza del diritto scritto.

Sulla scena dei linguaggi del diritto (nessuno escluso, anche se il grado di coinvolgimento è diverso, certo minore, ad esempio, nella lingua del processualista civile) (20) è comparso poi un nuovo protagonista, con un effetto che potrebbe essere duplice sulla chiarezza del discorso giuridico. L'italiano del diritto, nato in contrappunto al latino, e sviluppatosi poi anche grazie agli apporti del francese e del tedesco, deve ora fare i conti soprattutto con l'inglese: quello usato come lingua di lavoro per la redazione delle norme dell'Unione Europea da tradurre nelle ventitré lingue dei paesi

---

gli altri, Pietro Cogliolo nel 1913) che additavano addirittura il Trecento e il Cinquecento come modelli a cui avrebbe dovuto guardare la lingua giuridica italiana, e soprattutto quella legislativa, sporcata da troppi barbarismi. Per una significativa rassegna T. De Mauro, *Storia linguistica dell'Italia unita*, Roma-Bari, Laterza, 2011 (1963[1]), pp. 420-430.

(19) *La buona scrittura delle leggi*, Palazzo Montecitorio, Sala della Regina, 15 settembre 2011, a cura di R. Zaccaria, Roma, Camera dei Deputati, 2012. Talvolta è lo stesso legislatore che vuole essere oscuro, quando deve « nascondere un difficile compromesso che ha raggiunto tra le varie parti politiche e questo compromesso può esprimersi solo con nozioni che si prestano a più letture » (G. Amato, *Ricordi in tema di chiarezza della legislazione*, ivi, p. 24). Talaltra attraverso la tecnica del rinvio da una disposizione ad un'altra, magari doppio o triplo, si introduce una norma in modo nascosto — *clam*, avrebbero detto i giuristi del passato —: « questo è il modo più semplice per un ufficio amministrativo di predisporre la bozza di un articolo, ma è sacrilego che arrivi in Gazzetta Ufficiale » senza essere riscritto in buon italiano (ivi, p. 27). Cfr. anche P. Carnevale, *Diritto, normazione e ambiguità*, ivi, pp. 35-59, e — più in generale — M. Ainis. *La legge oscura*, Roma-Bari, Laterza, 2010 (1997[1]).

(20) Si veda *L'italiano giuridico che cambia*, Atti del Convegno, Firenze, Villa Medicea di Castello, 1° ottobre 2010, a cura di B. Pozzo e F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, e in particolare, ivi, il saggio di Bruno Cavallone, *Un idioma coriaceo: l'italiano del processo civile*, pp. 87-95.

membri, quello della prassi commerciale internazionale che veicola nel nostro ordinamento principi e istituti forestieri. L'italiano giuridico potrebbe mutuare da quest'inglese la semplicità della costruzione sintattica, e questo sarebbe senz'altro un vantaggio. Ma non mi sembra che ancora l'abbia fatto. Dall'altro lato, da questo confronto il lessico giuridico italiano risulta arricchito da parole nuove, prestiti *tout court* o calchi semantici, che ne hanno aumentato la complessità, con il rischio di fraintendimenti e confusioni: e quest'effetto negativo s'è già verificato; anche se non va certo drammatizzato, perché fenomeno non nuovo, ma costante nella nostra storia linguistica, antica e recente. Ormai tutti hanno imparato che il *professionista* usato come antonimo di *consumatore* negli articoli 1469 *bis* e seguenti del Codice Civile, introdotti dallla legge del 6 febbraio 1996, n. 52 in esecuzione di norma comunitaria e poi sostituiti dal Codice del consumo (21), non è l''esercente una professione intellettuale' a cui ci aveva abituato la nostra tradizione semantica, così come non crea più tanto disappunto tra i giuristi con il naso fino il fatto che in certe direttive europee *rescissione* possa essere sinonimo di *recesso*. Analogamente del resto, più di due secoli fa nel linguaggio della politica e delle costituzioni su influenza del francese ci si abituò velocemente al fatto che *governo* potesse anche voler dire 'organo titolare del potere esecutivo', e non solamente 'attività di gestione della cosa pubblica' o 'struttura istituzionale della comunità' (22). L'importante è che al giurista (e anche al cittadino comune) vengano sempre dati gli strumenti per distinguere i "veri" dai "falsi" amici (23), le accezioni corrette da quelle sbagliate ma indotte dalla veste esterna della parola (l'inglese *transaction* 'accordo patrimoniale' non

(21) Cfr. il Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, che disciplina tutta la materia, e all'art. 3 definisce: « professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario ».

(22) E. Leso, *Lingua e rivoluzione. Ricerche sul vocabolario politico italiano del triennio rivoluzionario 1796-1799*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 1991, p. 298 e ss.

(23) Ai quali è stato dedicato un istruttivo libro di recente: *Falsi amici e trappole linguistiche. Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione*, a cura di S. Ferreri, Torino, Giappichelli, 2010.

è lo stesso del nostro *transazione* 'contratto con il quale le parti pongono fine ad una lite') (24).

Dunque, c'è diritto e diritto, e c'è linguaggio e linguaggio. C'è la legge, e c'è la dottrina; c'è una lingua con le caratteristiche di cui da sempre il non giurista (ma anche il cultore del diritto, anzi soprattutto quest'ultimo) si lamenta, e c'è una lingua sempre tecnica, che però non ha quei difetti così in profondità; e c'è la lingua del giurista che si fa narratore, c'è la lingua d'un Calamandrei e d'un Satta, che è lingua di pochi, che dovrebbe essere presa come esempio da molti. E forse si torna così ad un altro luogo comune che pareggia quello che abbiamo cercato di superare all'inizio: insomma, chiedere a tutti coloro che scrivono di diritto d'usare la penna d'un Calamandrei, sarebbe come dire che tutti gli ingegneri dovrebbero costruire la pagina come Gadda. Il che — a dire il vero — mi parrebbe un po' troppo. Ma forse può valere la pena di tentare. Anche perché si smetta finalmente di identificare la lingua oscura del diritto con la lingua del potere, e un novello Manzoni non possa più mettere in bocca ad un Renzo la parole:

> Eppure anche Ferrer... qualche parolina in latino... *siés baraòs trapolorum*... Maledetto vizio! Viva! giustizia! pane! ah, ecco le parole giuste! (25).

Appunto: *siés baraòs trapolorum.* Le trappole, quelle linguistiche, almeno noi giuristi, lasciamole ad altri.

---

(24) Per questo obbiettivo ben vengano dunque i convegni e i momenti di studio che pongano al loro centro il rapporto tra lingua e diritto, come questo pisano, e come quelli che negli ultimi due anni sono stati organizzati dall'Accademia della Crusca e che hanno permesso un confronto su temi comuni tra giuristi e linguisti: il 1° ottobre 2010, "L'italiano giuridico che cambia"; l'11 novembre 2011, "Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano"; il 9 marzo 2012, "Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali"; dei primi due gli atti sono già stati pubblicati nei volumi indicati, rispettivamente, alle note 20 e 10; del terzo sono in corso di stampa.

(25) A. MANZONI, *I promessi sposi. Storia milanese del XVII secolo*, Milano, dalla tipografia Guglielmini e Redaelli, 1840, cap. XIV, p. 287. Sulla frase di Renzo, tra lo spagnoleggiante e il *latinorum*, P. FIORELLI, *La lingua guiridica dal De Luca al Buonaparte*, in *Intorno alle parole del diritto* cit., p. 349 e ss., e P.A. PEROTTI, *« Siés baraòs trapolorum » (I "Promessi sposi", cap. XIV)*, in « Giornale storico della letteratura italiana », CLXXVIII (2001), pp. 258-269.

BARTOLOMÉ CLAVERO

CÁDIZ 1812: ANTROPOLOGÍA E HISTORIOGRAFÍA DEL INDIVIDUO COMO SUJETO DE CONSTITUCIÓN

A las compañeras y compañeros del grupo HICOES, coautoras y coautores como al final aclararé.

En el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad.

Constitución, 1812, invocación [1]

1. Introito sobre una identidad engañosa por extrañeza entre culturas. — 2. Persona, estado, individuo y nación en las vísperas gaditanas. — 3. Cádiz: el individuo y el hombre

---

[1] En la promulgación se antepone otra invocación (« Don Fernando Séptimo, por la gracia de Dios y la Constitucion de la Monarquía española, Rey de las Españas... ») que no se encuentra en el texto aprobado por las Cortes. Aunque obra en el Archivo de las Cortes manuscrito con la suscripción de los diputados, como tal no circulante, salvo hoy mediante reprint incluso en el sitio web del Congreso de los Diputados, un original único de la Constitución de Cádiz a efectos normativos no lo hubo. Citándola con ortografía de época para ayudar a detectar distancias que nos dirigimos a marcar y medir, uso el facsímil *Constitución Política de la Monarquía Española* (Cádiz, Imprenta Real, 1812), Sevilla, Universidad de Cádiz-Ayuntamiento de Cádiz-Casino Gaditano-Fundación El Monte, 2000, donde se encuentra un buen trabajo sobre dicha pluritextualidad: Carmen Muñoz de Bustillo, *Cádiz como impreso*, en el anexo segundo de *Estudios*, pp. 7-73. Entre las varias ediciones conmemorativas del Bicentenario de Cádiz, la hay que cabría considerar oficial por las instituciones que concurren: *Constitución Española de 1812* (reprint de la edición iconológica, con *alegorías y emblemas*, de José María de Santiago, 1823), Madrid, Boletín Oficial del Estado-Biblioteca Nacional de España - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Consorcio para la Conmemoración del II Centenario de la Constitución de 1812, 2011.

como sujetos; el alma y la persona como objetos. — 4. La persona en estado ya civil, ya natural: trabajo y género. — 5. Radicación familiar, composición corporativa y localización parroquial del sujeto constitucional. — 6. Hoy: desencuentro constitucional antes que historiográfico, y antropológico antes que constitucional. — 7. Epílogo sobre una incompatibilidad en relación a Cádiz: entre el jurisdiccionalismo *hicoeño* y la historiografía *whig*.

1. *Introito sobre una identidad engañosa por extrañeza entre culturas.*

A lo largo del año 2012, celebrándose por España y por una América que fuera más o menos hispana el Bicentenario de la Constitución de Cádiz, se le ha manoseado tanto entre la política, la economía, la academia y demás farándula que es difícil encontrar un asunto inalcanzado por su toque, sea de lleno o de milagro. Con decir que, en estos años de crisis severa del trabajo, hasta *el problema del paro en Andalucía* se ha abordado en relación a la Constitución gaditana. Desde mediados de la década inaugural del nuevo milenio, durante cerca de un decenio, los logos *Cádiz 2012*, *La Pepa 2012* o *C 2012* han circulado ubicuos por campañas publicitarias tanto públicas como privadas. Una sucesión continua de publicaciones, ociosas no pocas, ha ido a la zaga (2). Se han acuñado sellos de correo y otros gadgets. Un *Consorcio para la Conmemoración del II Centenario de la Constitución de 1812* de carácter oficial ha intentado en vano coordinar iniciativas inyectando fondos públicos, aunque sin colmar las expectativas generadas por sectores interesa-

(2) Una buena vía para rastrearse publicaciones se tiene en internet, en el sitio *Dialnet* de la Universidad de La Rioja, la española. La entrada más curiosa que he encontrado ahí mismo no se refiere al trabajo, sino a la contraparte, a empresas, procedente de "Semanario de publicidad y marketing", 1410, 2012, p. 19: *De "pepas" y empresas. Clicktomedia y la productora Fire impulsan el proyecto "1812", en el que involucran a marcas y medios para trasladar un mensaje de optimismo a la sociedad*, figurando como artistas para la promoción Antonio Banderas, Maribel Verdú e Imanol Arias. Así arranca su resumen: « La Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812, de la que ahora se cumple su bicentenario (fue firmada el 19 de marzo, de ahí que popularmente se la conozca como La Pepa), será siempre ejemplo del espíritu emprendedor y de modernización ». Por mucho que choque así de pronto, comprobaremos que la visión hoy imperante en medios constitucionalistas e historiográficos no se haya muy alejada de esa caricatura. Habrá ocasión para la identificación y justificación del trabajo aludido sobre el paro en relación a Cádiz.

dos. Se han difundido mensajes sobre doscientos años atrás a cuál más anacrónico. El legado que nos deja el largo festejo consiste en una intrincada mescolanza de desvarío de discursos, exceso de papeles y la resaca (3).

En los medios académicos ha habido de todo, bueno y malo, mejor y peor, desde el trabajo concienzudo al plagio meticuloso pasando por el distanciamiento medido. Y acerca de todo o casi. Algún tema elusivo hay para tanta celebración y uno además de lo más mayúsculo. Me refiero al de la identificación de los sujetos gaditanos, del sujeto de derechos de libertad, el individuo, en conexión con el sujeto de poderes de institución, la Nación, digamos lo segundo así para ir entrando en materia. Aunque en el foro constituyente de Cádiz se habló de *poderes*, la Constitución de lo que habla es de *potestades*. No era lo mismo. Arranquemos, para empezar a ubicarnos en el tiempo, con este matiz. No será mal comienzo pues es a una serie de matices respecto a ese asunto de los sujetos a lo que vamos a tener que proceder. Habremos de matizar sobre persona y sobre individuo fundamentalmente, esto es, sobre una antropología que, matiz a matiz, puede que resulte radicalmente diversa a la nuestra, la de quienes andamos en estos menesteres de

(3) El *Consorcio* tiene sitio web entre otros, bastantes, dedicados a *Cádiz 2012* o *La Pepa 2012*, expresivos de pretensiones y frustraciones. Sobre la frustración de la ciudad por las expectativas creadas, ilustra la visita al sitio del Ateneo Gaditano. En *Ateneo. Revista Cultural del Ateneo de Cádiz*, 12, 2012, dedicado a la celebración, hay muestras de la infatuación, como lo sea particularmente la *Declaración de Cádiz 2012* promovida por el Ateneo junto al Foro de Debate Cádiz 2012 y a la Asociación de la Prensa de Cádiz, y hecha pública en marzo de 2011. Proclama que la Constitución gaditana, « de gigantesca transcendencia histórica, con su magia social, sus sueños políticos y sus aspiraciones utópicas [...] aún hoy en Europa califica el alma liberal y progresista de la modernidad », con la finalidad práctica de reclamar inversiones en beneficio de la ciudad y de su bahía. A los mismos efectos, a estas alturas, Cádiz se presenta como víctima de la pérdida del Imperio, « la crisis colonial », a fin de reivindicar políticas públicas « para recuperar la relación de Cádiz con América, que tuvo en los ámbitos constitucional y cultural, propiciando el incremento del desarrollo comercial », como si cupiera volver a tiempos del Consulado de Cádiz cual puerto, si no ya monopólico, privilegiado. Políticamente, el manifiesto resulta portavoz de la inteligencia gris que inspira a la institución pública más volcada en la celebración, el Ayuntamiento de la ciudad. Quienes han venido peregrinando por aquí para participar en la celebración constitucional no han sabido percatarse siempre de que la fiesta no era en absoluto gratuita a ningún nivel.

historia constitucional al día de hoy. Es elusivo el tema de los sujetos, el individuo de derechos y la nación de potestades, porque se da en cambio de entrada por hecho que son en cuanto tales, aparte sus predicados, los mismos de nuestra actualidad, no mereciendo por tanto, en sí, cuestionamiento ni análisis. De ahí, los anacronismos (4).

Acudamos a la primera matización. *Poderes* en la Constitución de Cádiz se aplica tan sólo a la habilitación de representantes por la ciudadanía: « otorgar(á)n todos los electores sin excusa alguna á todos y á cada uno de los Diputados poderes ámplios », por ejemplo (art. 99). Poder en sentido más sustantivo, incluso normativo, aun en forma adjetiva, sólo se aplica en una ocasión, al inicio y en singular: « En nombre de Dios todopoderoso [...] autor y supremo legislador de la sociedad ». Era planteamiento característico del sistema jurisdiccional en cuyo seno habremos de movernos, implicándose ante todo la existencia de unos sectores del ordenamiento tenidos por indisponibles para la sociedad, esto es, por no susceptibles de aplicación de poder o, dicho mejor, potestad constituyente. Lo

(4) Hasta la omisión del sujeto entre los temas gaditanos hay que comenzar por matizarla: Carmen SERVÁN, *Los derechos en la Constitución de 1812: de un sujeto aparente, la nación, y otro ausente, el individuo*, en « Anuario de Historia del Derecho Español » (en adelante, AHDE), 81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011, pp. 207-226, con algún otro acercamiento, como veremos, desde el grupo HICOES, fuera del cual se habla tanto de derechos como nada del sujeto de derechos respecto a la Constitución de Cádiz. *Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España y América* (HICOES) es grupo de investigación que, desde su fundación en 1996, dirijo junto a Marta Lorente y al que también pertenecen o han pertenecido, entre quienes aquí se citan, Paz Alonso, José María Portillo, Carmen Muñoz de Bustillo (prematuramente fallecida), Carlos Garriga, Jesús Vallejo, Margarita Gómez, Fernando Martínez, Carmen Serván, Alejandro Agüero, Laura Beck Varela, Sebastián Martín, Julia Solla, Jean-Baptiste Busaall, María del Mar Tizón y Pablo Gutiérrez Vega. Como voy a reflexionar sobre obra en curso del grupo y de sus miembros, espero que se tenga comprensión para con las autorreferencias colectivas e individuales. Si se prefiere pensar que hago propaganda descarada, lo concedo, y además con orgullo. Lo haré contrastando otros enfoques. Respecto a las dimensiones básicas del orden constitucional gaditano, no digo que a todo él, la investigación, hoy por hoy, es *hicoeña*, quiero decir realizada o impulsada por HICOES, la cual además no ha esperado al Bicentenario ni venido a depender del mismo. Complacientes aseguro que no somos. Si, por cuanto diré, se piensa que además aprovecho esta reflexión gaditana para conectar con trabajos míos no sólo de antropología histórica, sino también de derecho presente, tampoco tengo empacho en concederlo. Pues no hay desconexión posible, mejor será asumirla.

comprobaremos en Cádiz. Sea aquí el nombre de la ciudad prosopopeya de la Constitución, su nombre propio.

Poderes en plural, salvo los de mandato de representación, no hay. No los concibe en rigor aquella Constitución. Lo que nombra y pone en planta es potestad, una trinidad de potestades, « la potestad de hacer las leyes », « la potestad de hacer ejecutar las leyes » y « la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales » (arts. 15-17). Si vamos a tratar de sujetos reconocidos o constituidos por el texto gaditano, es a su lenguaje a lo primero que debemos acudir. Cádiz se expresa por las palabras. Había una lengua y había un derecho. El primer problema con Cádiz es que suele abordársele como si se hubiera producido en un vacío lingüístico y jurídico o con la capacidad de provocarlo, esto es, con el lenguaje y el derecho a su disposición.

En Cádiz, la palabra *potestad* representaba algo sustancialmente distinto a la palabra *poder* por cuanto que respondía al tracto de concepción y práctica jurisdiccionales del ordenamiento, inclusive de su desarrollo legislativo, conforme a derecho indisponible. Derechos de libertad sí los hay en cambio en aquella Constitución, aunque la misma no procediera a una declaración cumplida. Venía a situarlos junto a elementos de tracto tradicional en el paradigma de la jurisdiccionalidad que habría de regir sobre todas las potestades. La propia potestad constituyente que produce el texto de Cádiz se presenta y ejerce en términos jurisdiccionales, unos términos de rehabilitación, no de creación, de derecho. De la diferencia sustancial entre potestad y poder tendremos comprobación (5).

---

(5) Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *'Ley expresa, clara y terminante'. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español*, en "Historia Constitucional", 3, 2002, pp. 99-132; Carlos GARRIGA y Marta LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; C. Garriga (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora-CIDE-Colegios de México y de Michoacán, 2010; C. GARRIGA, *Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución y el orden jurídico*, en AHDE, 81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011, pp. 99-162; José María PORTILLO, *Cádiz entre Constituciones*, en Adriana Luna, Pablo Mijangos y Rafael Rojas (eds.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, México DF, Taurus-CIDE, 2012, pp. 25-46. Para un conflicto jurisdiccional con las propias Cortes que, como su lenguaje de poderes, no prejuzga el planteamiento constitucional,

No se trata con esto tan sólo de un matiz para entrar en materia. Comenzándose por su lenguaje, aquel constitucionalismo no respondía a lo que hoy presuponemos por tal. Constitución no es hoy lo mismo que entonces. Cádiz fue jurisdiccional no sólo ni principalmente por el peso que se mantuviera del sistema precedente, sino por opción deliberada, por la determinación constituyente que, entre otros, bastantes, detalles de conservación de derecho establecido, le llevó a poner potestad en lugar de poder. El jurisdiccionalismo interesaba a todas las potestades constitucionales, no sólo a la judicial. Y no era un fenómeno de mero continuismo pues mediaba precisamente la Constitución con los nuevos sujetos de derechos y de potestades que contemplaremos (6).

La celebración de Cádiz se ha visto envuelta en el ciclo abigarrado de conmemoraciones de los diversos arranques de un constitucionalismo que entonces, incluso de enfrentarse a aquella Constitución española, se quiso hispano, de una España europea y de una España americana, la España suspendida por encima de la América indígena y de la América afrodescendiente, la misma que ahora quiere recrearse. Lo último es una forma de decir que, al

---

B. CLAVERO, *Estado de jurisdicción e invento de Constitución*, en Mercedes Arbaiza (ed.), *La cuestión vasca. Una mirada desde la historia*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, pp. 15-35. Uno de los problemas de carácter metodológico para apreciarse el jurisdiccionalismo gaditano es, como comprobaremos, el de tomarse por posiciones de la Constitución posturas de las Cortes o, peor, manifestaciones en las Cortes.

(6) M. LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios (Políticos y) Constitucionales, 1988; J.M. Portillo y José María Iñurritegui (eds.), *Constitución en España. Orígenes y destinos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; F. MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español, 1810-1823*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; M. Lorente (ed.), *De la justicia de jueces a la justicia de Leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007; Paz ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías entre antiguo régimen y constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; María del Mar TIZÓN, *Sevilla en los prolegómenos del proceso constituyente gaditano: la pérdida de la 'constitución jurisdiccional'*, en « Crónica Jurídica Hispalense », 8, 2010, pp. 503-524; F. MARTÍNEZ PÉREZ, *Constitución de la justicia en Cádiz. Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial*, en AHDE, 81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011, pp. 377-408; M. Lorente, F. Martínez Pérez y Julia Solla (eds.), *Historia legal de la justicia en España, 1810-1978*, Madrid, Iustel, 2012.

tiempo que se planteaba un constitucionalismo en principio común por una y otra España, a uno y otro lado de los océanos, ambas Españas, la americana como la europea, pretendían mantenerse en posición de dominio colonial sobre las Américas no hispanas. El ciclo corre, como mínimo, entre 1808 y 1826. Hacia los inicios, en 1812, la Constitución de Cádiz, si se significa, es por ofrecer el texto que hizo un esfuerzo mayor para la articulación de aquel descomunal espacio transcontinental sobre bases que pudieran compartirse al menos con el destacamento colonialista e intentar comunicarse al sector principal, el indígena, de los culturalmente no españoles, aquellos a quienes Cádiz, con dicho propósito, comenzaba por considerar, como veremos, constitucionalmente *españoles*. Con colonialismo me refiero al dominio europeo y euroamericano sobre humanidad no eurodescendiente (7).

El asunto entonces neurálgico de la ubicación de tal constitucionalismo, el gaditano, respecto a la humanidad indígena y afrodescendiente sometida al respectivo colonialismo ha sido descuidado casi por completo en España y bastante, casi tanto, por América. Por lo que me toca, se me ha ofrecido durante las celebraciones ocasión de tratarlo allí y no aquí, en España, salvo esto por iniciativa

(7) J.M. Portillo, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Fundación Carolina-Marcial Pons, 2006; M. Lorente, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, Universidad Autónoma, 2010; M. Lorente y J.M. Portillo (eds.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico, 1808-1826*, Madrid, Congreso de los Diputados (Colección "Bicentenario de la Constitución de Cádiz", 5), 2011; para comentario, B. Clavero, *El momento constitucional de una república católica (Cádiz entre Nueva Granada y Nueva Zelanda)*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 96, 2012, pp. 329-344, basado en mi intervención en el acto de presentación de *El momento gaditano* en el Congreso de los Diputados (11, junio, 2012). Como con un par de caricaturas es suficiente y ya están vistas, comentarios sobre las intervenciones de parte política acerca de Cádiz en ese mismo acto y en tantos otros con ocasión del Bicentenario los ahorro al máximo, salvo una excepción elocuente que nos saldrá al paso, pese a que no resultan indiferentes para la formación de visiones no sólo ciudadanas, sino también historiográficas, y esto a su vez tampoco solamente por el juego de las subvenciones nunca del todo asépticas a la investigación social por parte de los sectores público y empresarial, juego que ha sido gravoso, hipotecando a la misma historiografía, en unas celebraciones culminadas con lujo en años de crisis.

mía (8). Entre individuo y Nación, hay también sujetos indígenas y afrodescendientes, tanto individuales como colectivos, inclusive pueblos que se decían naciones, de quienes habría de hablarse y mucho, pero ahora me contraigo a Cádiz y a su texto, a los sujetos de derechos y de potestades que en el mismo se contemplan de forma expresa o implícita, no menos ésta necesaria de tomarse en cuenta para entender el conjunto (9). Retomo con ello algunas cuestiones que ya abordé hace años, como la de la condición jurídica de la mujer o la del trabajador en el ordenamiento de tiempos

(8) B. CLAVERO, *'Multitud de Ayuntamientos'. Ciudadanía indígena entre la Nueva España y México, 1812 y 1824*, en Miguel León-Portilla y Alicia Mayer (eds.), *Los Indígenas en la Independencia y en la Revolución Mexicana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 433-456 (congreso de 22-26 de febrero, 2010); *Nación y Naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010*, en « Revista de Historia del Derecho », 41, 2011, pp. 79-137 (congreso de 8-9, noviembre, 2010). También me he ocupado de la conferencia conmemorativa de la Constitución de Cádiz con ocasión del XXVIII Congreso Internacional de Historia Regional en la Universidad Autónoma de Sinaloa (6-8, diciembre, 2012) bajo el título de *Sujetos constitucionales de Cádiz. Individuo, Nación... y Pueblo*, esto por los pueblos indígenas desde luego. Sin mayor éxito en España, el asunto ya lo tenía propuesto desde los prolegómenos de la celebración de Cádiz 1812: B. CLAVERO, *Hemisferios de ciudadanía: Constitución española en la América indígena*, en José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), *La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 101-142 (jornada de 14, febrero, 2006, décimo aniversario del asesinato de Tomás y Valiente). En el mismo Centro constitucional ya había además realizado alguna publicación e impartido un curso interesando a la incidencia de Cádiz entre indígenas: *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América* (2000); *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la constitución de Estados por América* (2005).

(9) El impulso para reflexionar sobre los sujetos constitucionales gaditanos me lo ha dado la participación en el congreso sobre *Luces y Sombras del Primer Constitucionalismo Español* de la Universidad de Valencia (1-3, octubre, 2012); para incidir especialmente, como aquí también haré, en la denegación de la condición operativa de sujeto constitucional al trabajador no propietario, lo recibí de las XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de las Relaciones Laborales, celebradas en Cádiz (13-14, diciembre, 2012), en cuyo programa tuve a cargo la conferencia inaugural. En la conferencia sobre el constitucionalismo gaditano en el XXVIII Congreso Internacional de Historia Regional en la Universidad Autónoma de Sinaloa, igualmente, como está dicho, en diciembre de 2012, me ocupé de la ciudadanía indígena bastante más de lo que aquí haré, pero exponiendo al respecto lo que ya tengo publicado.

gaditanos, lo que hice particularmente con ocasión de la bastante más modesta celebración del 175 aniversario de Cádiz (10).

Las conmemoraciones más politizadas del Bicentenario, las que en el fondo siguen pensando que España dictó y aún dicta lecciones constitucionales a la América que fuera hispana, se han encontrado un tanto incómodas en el contexto plurinacional del primer constitucionalismo propio endógeno, plurinacional por el surgimiento entonces de nuevas naciones políticas a lo ancho de América en competencia con la española y, más todavía, por la concurrencia en el mismo escenario de pueblos o naciones indígenas, naciones culturalmente no hispanas, a menudo además con el control de territorios y recursos. Han optado por el recurso fácil de ameritar a Cádiz, a una Constitución imperial y colonialista, con la inspiración del surgimiento de naciones clónicas por América e ignorar el resto. Se prefiere ver en Cádiz presente simple y no pasado complejo, identidad abstraída de hoy y no diversidad intrincada de ayer, con todo lo que esto también implica de ceguera respecto a la complejidad actual (11).

---

(10) B. Clavero, *Cara oculta de la Constitución: Sexo y Trabajo*, en « Revista de las Cortes Generales », 10, 1987, pp. 11-25, número monográfico sobre Cádiz. Sobre el segundo extremo, el del trabajo, mantuve un debate: *Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional?*, en AHDE, 56, 1986, pp. 995-1016. No parece que por mi parte resultara entonces muy convincente: Manuel Pérez Ledesma, *Las Cortes de Cádiz y la sociedad española*, en « Ayer », 1, *Las Cortes de Cádiz*, 1991, pp. 167-206. Cuando Francisco Tomás y Valiente, como director de dicho anuario, nos convocó a un monográfico sobre Cádiz, opté por cuestión americana: *Cádiz entre indígenas. Lecturas y lecciones sobre la Constitución y su cultura en tierras de los mayas*, en AHDE, 65, *Los orígenes del constitucionalismo español entre 1808 y 1812*, 1995, pp. 931-992. Del trabajo del director en este número hay ahora edición exenta: F. Tomás y Valiente, *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, Pamplona, Urgoiti, 2012, con estudio introductorio de M. Lorente. De ese anuario especializado en historia del derecho existe otro número dedicado a constitucionalismo gaditano, ahora con ocasión del Bicentenario (81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011).

(11) La obra historiográfica más ambiciosa y costeada de celebración del Bicentenario sigue adoleciendo en su planteamiento editorial del supremacismo empeñado en ignorar que Cádiz no fue una Constitución española, sino ya de origen pluricontinental por imperial o, dicho de forma más sustantiva, colonial, razón por la que su presencia americana no es efecto de extensión a un exterior de hoy, no de entonces, y también por la que, si pretende ofrecerse un panorama completo como se proclama, todas sus cuestiones debieran tratarse para ese espacio pluricontinental. Me refiero a José

A Cádiz en particular se le mira, por lo que toca a la España que se celebra a sí misma, como la cuna de la Nación española en singular, entendiéndose que es la europea (12), y como el origen de un liberalismo español que se identifica sin más con un constitucionalismo que llegaría en algún grado hasta hoy. Lo propio usualmente

---

Antonio Escudero (ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa Calpe-Fundación Rafael del Pino - Ayuntamiento de Cádiz, 2011. Otras iniciativas españolas de conmemoración historiográfica, como las de Manuel Chust (ej., ed., *Doceañismos, constituciones e independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006) o las de Alberto Ramos (ej., junto a Alberto Romero, eds., *Liberty, liberté, libertad. El mundo hispánico en la era de las revoluciones*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2010), han estado más despiertas y atentas al carácter de por sí transcontinental, pero no por ello en igual medida a la base colonial del constitucionalismo gaditano, que en esos mismos casos, si asoma, es por colaboraciones de HICOES. La obra mayor, *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, puede brindar buen ejemplo de cómo en estos fastos se ha tratado prácticamente de todo salvo del extremo fundamental de los sujetos constitucionales, cuánto menos del indígena y del afrodescendiente, hasta tal punto se da por hecho que la antropología gaditana es la nuestra o, dicho mejor para el caso, que no hay en la historia, en toda ella, otra antropología que la propia de la historiografía supremacista, la historiografía *whig* de la que trataré.

(12) No es reiteración si se toma en cuenta, lo que no suele hacerse, que, aun después del primer ciclo de las independencias, España dista de ser tan sólo la europea porque dejara de extenderse a la América continental, con las implicaciones constitucionales del caso desde la misma época de Cádiz: M. Lorente, *El abandono de los presidios menores*, en « Initium. Revista catalana d'historia del dret », 1 (Homenatge a Josep M. Gay i Escoda), 1996, pp. 731-752 (y en su *La Nación y las Españas*, pp. 81-106); la misma M. Lorente, *La suerte de la Recopilación de 1680 en el XIX español*, en *Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 431-480 (y en su *La Nación y las Españas*, pp. 217-260); P. Alonso Romero, *Cuba en la España liberal, 1837-1998. Génesis y desarrollo del régimen autonómico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; la misma, *Entre asimilación y autonomía. La política colonial española para Cuba y Puerto Rico durante el siglo XIX*, en « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno » (en adelante, QF), 33-34, *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, 2004-2005, pp. 675-798; B. Clavero, *Bioko, 1837-1876. Constitucionalismo de Europa en África, derecho internacional consuetudinario del trabajo mediante*, en QF 35 (2006), pp. 429-546. También interesan Josep Maria Fradera, *Colonias para después de un Imperio*, Barcelona, Bellaterra, 1995; Manuel María de Artaza, *Filipinas: Imperio, independencia y 'path dependence'*, en « Semata. Ciencias Sociais e Humanidades », 23, 2011, pp. 267-294, que es número especial sobre el Imperio; Antonio-Filiu Franco y Clara Álvarez, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*, Madrid, Funcación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.

se replica en las conmemoraciones americanas organizándose un concierto pródigo entre voces solistas de resultado más o menos disonante. En lo que respecta a la celebración de la Constitución de Cádiz, los efectos han sido laxantes tanto para la política como para la historiografía (13). Si algo se ha puesto con todo de manifiesto en *Cádiz, 1812* es que la mentalidad colonial, una mentalidad que excluye a indígenas y afrodescendientes en la historia y en el presente, sigue imperando en los medios académicos y políticos concurrentes a la celebración y que eso basta para incapacitarles de cara a cualquier cuestión de antropología de sujetos tanto propia como ajena, sea ésta también, con la diferencia sustancial de cultura que media con nosotros, la de tiempos de Cádiz (14).

Entre anacronismos de partida, recorrido y desenlace, no hay modo de abordar el extremo clave de la antropología distinta de los sujetos constitucionales, el individuo con derechos y la Nación con potestades según el planteamiento y la práctica de entonces, no de hoy. Es de lo que voy a ocuparme. Sólo en una cosa por esta vez coincido con la perspectiva predominante acá, en España. En esta ocasión voy a ocuparme de la Constitución de Cádiz centrándome en la matriz europea sin incursiones ni siquiera por sus propias

---

(13) De revisar la historiografía gaditana previa al arranque del Bicentenario, que fue temprano, me he ocupado en *Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, en C. GARRIGA y M. LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, pp. 447-526. Balance historiográfico cumplido del Bicentenario está por realizarse. Hará falta armarse de paciencia para con la improvisación y multiplicación de especialistas en Cádiz que ha cundido. Aunque sólo fuera porque corriera el aire entre provincialismos varios, convendría abordar el balance y evaluar el saldo no ensimismadamente, sino en relación estrecha con el ciclo completo de los bicentenarios americanos.

(14) Para un ejemplo especialmente paladino de ensimismamiento antropológico que se presentan como patriotismo constitucional pese cuanto pese, explícitamente, a la investigación histórica, Joaquín VARELA, *Reflexiones sobre un Bicentenario, 1812-2012*, en J. Álvarez Junco y J. Moreno Luzón (eds.), *La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración*, pp. 75-84. Para referencias sobre otros casos más o menos equivalentes, B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia*, pp. 119-124. Estas breves páginas sobre la celebración de bicentenarios se las había ofrecido exentas en 2011 a "Historia Constitucional", revista electrónica residenciada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pero su director, Joaquín Varela, me comunicó que no podrían publicarse precisamente hasta 2013, ante lo que decliné por supuesto. El número 13, 2012, tiene sus principales secciones dedicadas a Cádiz.

metamorfosis americanas, sean indígenas, afrodescendientes o incluso las clónicas, las menos interesantes en cuanto que tales, en la medida de una clonicidad que no fue completa, como tampoco me introduciré en otras antropología de aquellos tiempos por el escenario americano, concurrentes o discordantes que fuesen. Ni siquiera me interrogaré sobre la posibilidad de metamorfosis y variantes en el propio escenario europeo. Hacia un exterior que entonces, según aquella misma Constitución, no lo era, referencias habré de hacer, puesto que Cádiz representó un constitucionalismo tan americano como español, tan limitadamente americano como quizás también limitadamente, aun en mucho menor grado, español. Y me concentro en 1812 (15).

Subrayo el carácter deliberado de unos retraimientos a varias bandas para que no se genere confusión con el provincialismo recalcitrante de la historiografía española sobre Cádiz incluso cuando se extiende a América. Por motivos de concentración, una primera experiencia constitucional española de menor alcance, aunque fue efectiva y además a la vista de Cádiz, queda aquí fuera de consideración. La gaditana fue más significativa también por más autónoma. En sus aspectos básicos, no fue producto de alguna influencia exterior, sea de parte napoleónica, sea de la británica que, con más posibilidades de éxito por la alianza política y presencia militar del momento y con cierto empeño, no dejara tampoco de intentarse. Para las cuestiones esenciales del constitucionalismo gaditano que vamos a contemplar, constataremos que a influencias no es necesario recurrir o que incluso el recurso pudiera resultar

(15) Para espacios de la España europea con más entidad propia de cara al proyecto gaditano de forma que no puede descartarse diferencias que alcanzasen a la antropología de los sujetos constitucionales, lo que dejo al margen como digo, « Iura Vasconia », 8, *Vasconia en el primer constitucionalismo español, 1808-1814*, 2011; Gregorio MONREAL, *Las Cortes y la Constitución de Cádiz. Lección inaugural del curso académico 2012-2013*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2012. Para ubicación institucional y de cultura política, J.M. PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial. Gobierno y constitución en las provincias vascas, 1760-1808*, Madrid, Centro de Estudios (Políticos y) Constitucionales, 1990; C. MUÑOZ DE BUSTILLO, *De corporación a constitución: Asturias en España*, en AHDE, 65, 1995, pp. 321-403; la misma, *Encuentros y desencuentros en la historia. Los territorios del norte peninsular en la coyuntura del setecientos*, en « Historia Contemporánea », 12, *Historia y Derecho*, 1995, pp. 135-173.

impertinente. El proceso que conduce a Cádiz, a la Constitución, fue en lo sustancial autónomo (16).

La Constitución de Cádiz es un testimonio humano que nos llega desde hace doscientos años acerca de cosas propias de entonces. Responde a una cultura diferente a la nuestra de hoy. Acompáñenme a contemplar la identidad constitucional de una diversidad cultural, de toda una antropología distinta a la del constitucionalismo actual de la misma matriz europea. Como ya se habrá notado, para mí también se trata de un fin de fiesta, del fin de una fiesta de la que he procurado guardar distancias (17), la fiesta embriagante para la historiografía y dispendiosa para la ciudadanía de *Cádiz,*

---

(16) C. Muñoz de Bustillo, *Bayona en Andalucía. El Estado Bonapartista en la Prefectura de Xerez*, Madrid, Centro de Estudios (Políticos y) Constitucionales, 1991, con el doble interés de mostrar la efectividad y además en territorio contiguo a Cádiz, no digo circundante porque a Cádiz es el océano lo que la circunda; de la misma C. Muñoz de Bustillo, *Bayona y Cádiz: entre manipulación y legitimidad*, en Andrea Romano (ed.), *De curia semel in anno facienda. L'esperienza parlamentare siciliana nel contesto europeo*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 149-182. Para un contexto de constitucionalismo de inspiración más o menos británica que no suele tomarse en consideración por la literatura usual sobre influencias foráneas en Cádiz, A. Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese a la sua recezione nell'area mediterránea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800. Studi in Memoria di Francisco Tomás y Valiente*, Milán, Giuffrè, 1998; A. Romano, *Cortes e parlamenti costituenti nel Medietarraneo antinapoleonico*, en Pilar García Trobat y Remedios Sánchez Ferriz (eds.), *El legado de las Cortes de Cádiz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 73-92; también, Jean Louis De Lolme, *Constitución de Inglaterra*, ed. y estudio de B. Clavero, Madrid, Centro de Estudios (Políticos y) Constitucionales, 1992; Duque de Almodóvar, *Constitución de Inglaterra*, ed. y estudio de Jesús Vallejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; José Blanco White, *Obras Completas*, ed. Antonio Garnica, tomo I, *Periódicos políticos*, vols. 2 y 3, estudios de J.M. Portillo y J. Vallejo, Granada, Almed, 2007-2009, pp. xxxvii-xcviii y xxv-lxxviii. Para la dirección de la influencia que suele tomarse mayormente en consideración, Jean-Baptiste Busaall, *Le spectre du Jacobinisme. L'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol*, Madrid, Casa de Velázquez, 2012.

(17) He de reconocer que a veces con resultados chocantes, pues hay quienes parecen pensar que existe una obligación entre gremialista y patriótica de participar en conmemoraciones como la del bicentenario gaditano. Por puro instinto de supervivencia ante la inflación de iniciativas, decidí no colaborar, por ejemplo, en el citado número monográfico del AHDE (81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011). ¿Resultado? Unas extrañas palabras en la presentación del volumen por parte del director de la revista, Benjamín González Alonso, asegurando que lo que hay es quienes, « por prejuicios, que no porque la realidad les desmienta a cada paso dejan de ser igualmente respetables,

1812. Procedamos a considerar la antropología Cádiz y la antropología de su historiografía (18).

2. *Persona, estado, individuo y nación en las vísperas gaditanas.*

He aquí en suma el par de cuestiones sustantivas que me dispongo a abordar, en realidad una sola desdoblada. ¿Quién fue el sujeto gaditano de los derechos? ¿Y guardando qué relación con el que fuere el sujeto de los poderes o, mejor, de las potestades? Cuestión menos, si algo, sustantiva será la del tratamiento o, más bien, la desatención de este asunto de los sujetos por parte de una historiografía cuya preponderancia se ha acentuado con la celebración del Bicentenario de Cádiz entre otras efemérides biseculares de estos mismos años. Vayamos por pasos.

Las respuestas a las susodichas preguntas sustantivas aparecen de entrada explícitas en el mismo texto gaditano. Sujetos son, de los derechos, el individuo; de las potestades, la nación, y guardan una estrecha relación entre sí. Son sujetos el individuo español y la nación española con el vínculo de un adjetivo definitorio (título I, *De*

---

ha(ya)n decidido autoexcluirse » (p. 10). Del grupo HICOES por supuesto que hay participación destacada, por lo que ignoro a qué responde el plural en la dirección de una insinuación con tanto detalle como respeto, esto es, ninguno. En youtube se tiene la retransmisión de mi participación en las *Presencia Doceañistas Jurídicas* de la Universidad de Cádiz-Universidad de los Bicentenarios, en plural, donde me explayo, no digo que despotrique, sobre la Constitución gaditana y su celebración.

(18) Respecto al dispendio, aunque sea desde luego muy relativo en los márgenes de manejo de los presupuestos públicos y aunque no haya por qué hacer comparaciones excluyentes entre asignaciones compatibles, no me privo de añadir que se aplica a cosas como *Cádiz 2012* lo que no se aplica a otras más necesarias para una regeneración constitucional y además obligadas para el derecho internacional de los derechos humanos o para el derecho sin más: B. CLAVERO, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar*, Barcelona, Crítica, 2013, sobre responsabilidades pendientes, no sólo del Estado, por causa de la dictadura franquista. Dispendio lo ha habido hasta de valor emblemático: la rehabilitación suntuaria con fondos públicos de la sede principal de las Cortes de Cádiz que, por haber sido una iglesia, a la Iglesia católica, bajo la fórmula de que sólo ha habido cesión, se le ha entregado a continuación (28, diciembre, 2012), por transmisión y en propiedad exentas de tributación, todo lo que también conecta con dichas responsabilidades pendientes no sólo de depuración política o quizás todavía judicial, aunque ya no penal, sino también, dado el tiempo transcurrido, de investigación historiográfica nada celebrativa.

la Nacion Española y de los Españoles). ¿Y punto? ¿Ya está? Haríamos mal en darnos por satisfechos con una contestación tan rauda. Puede que resulte prematura. Explícita no tiene por qué equivaler a inequívoca. El sentido de la respuesta depende de lo que las palabras signifiquen, de lo que significasen entonces más exactamente.

Ya podemos estar sobre aviso. Puede también ocurrir que *individuo* no significase lo que hoy entendemos por tal y que lo propio sucediera con *nación*. El texto gaditano contiene indicios de que la diferencia entre los significados de antaño y los de hogaño puede resultar sustancial, aunque no sea el caso de que el mismo nos ofrezca elementos suficientes para las precisiones oportunas. ¿Cómo podía ser de entrada tan parco para cuestiones esenciales un texto constitucional? ¿Y cómo podemos entonces acceder al sentido pretérito de tales categorías para aquello tiempos de Cádiz? El carácter jurisdiccional de su constitucionalismo, por lo que daba por supuesto, no sólo por sabido, sino también por establecido, nos está dando una explicación de lo primero, de la parquedad, y sugiriendo, con ello, una vía para lo segundo, para el acceso.

En un sistema jurisdiccional la fuente principal para unas categorías fundamentales no la constituye la ley en su sentido de norma de determinación política de presente, incluyéndose, llegado el caso, la Constitución, esto es, excluyéndosele de una capacidad generativa de paradigma completo. Esa función le correspondía a la jurisprudencia en su significado más lato de construcción normativa de las bases del ordenamiento por tracto cultural, no sólo ni principalmente en el sentido judicial más restrictivo. Donde habría que mirar entonces para la precisión de categorías fundamentales no suficientemente definidas en el texto constitucional es a la jurisprudencia viva al advenimiento de Cádiz, la que representaba el derecho vigente cuando la Constitución se produjo.

Donde no hay que mirar en absoluto, por mucho que ésta sea la práctica habitual tal y como si Cádiz se hubiera producido en una campana de vacío que no dejara otra alternativa, es a significados actuales, el mejor modo de bloquear cualquier posibilidad de entendimiento de aquel constitucionalismo. Indebidamente comienza dándose por supuesto que, si encontramos palabras tan simples como la de individuo en un texto constitucional pretérito, las

mismas significan lo mismísimo que hoy entendemos, así el ser humano, cada ser humano sólo por serlo, en este caso de la voz individuo. ¿Es lo que entendía la jurisprudencia por entonces? ¿Indujo Cádiz algún cambio relevante al respecto? Respondamos primero a la primera. Prosigamos paso a paso.

¿Acudimos en consecuencia a la jurisprudencia de aquellos primeros tiempos constitucionales para indagar sobre la significación de los términos que pueden representar sujetos en el texto gaditano? Si lo hacemos con la expectativa de que, por la importancia de unas categorías, vamos a encontrar respuestas claras y concluyentes, nos llevaremos un chasco. Resulta que *individuo* no es término cuyo uso corriese habitualmente por medios de la jurisprudencia de la época y que *nación* por lo común ni mereciera para ella regularmente una mayúscula ni tampoco un cultivo. El caso es que la literatura jurídica no se ocupaba de elaborar distintamente ni un concepto ni el otro. ¿Qué clase de ayuda va a poder ofrecernos entonces la jurisprudencia?

Puede que sea una ayuda indirecta pero decisiva, la de ofrecernos la visión del escenario donde vinieron a situarse el *individuo* y la *Nación* constitucionales, unas concepciones del uno y de la otra tradicionalmente desconocidas o, mejor dicho, inexistentes para el derecho. La jurisprudencia puede ofrecer el contexto donde los términos del texto gaditano vendrían a cobrar sentido para la época aquella, no para la nuestra. Si comenzamos por no tomar la jurisprudencia de entonces en cuenta, recaeremos en el vicio de proyectar como contexto sin control y sin concierto las categorías actuales. Cuando el sistema es jurisdiccional, como todavía lo era el constitucional de Cádiz no sólo por inercia, sino por determinación propia, el mejor medio de evitar el riesgo es el del recurso a la jurisprudencia de su tiempo (19).

---

(19) B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, Giuffrè (Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Biblioteca, vol. 39), 1991, que ya se ocupa de la ignorancia jurisprudencial del individuo por su inexistencia en el ordenamiento establecido. Lo había planteado en *Almas y cuerpos: Sujetos del derecho en la edad moderna*, en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, Milán, Giuffrè, 1990, vol. 1, pp. 153-171; incidí en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, cap. 1, *Principio constitucional: el individuo en*

Podríamos preguntarle entonces a la jurisprudencia, no qué significaba *individuo* pues no vamos a encontrar respuesta, sino quién era el sujeto de derecho, pero sobre esto tampoco directamente se interrogaba la misma por latitudes españolas. No desesperemos. Veamos cómo efectuaba su introducción una obra tan significativa para unos tiempos que incluyen el momento gaditano como la de *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* de Ignacio de Asso y Miguel de Manuel. Sintetiza lo que era el planteamiento imperante. Así entraba en materia: « Haviendose de dividir esta Obra en tres Libros, que sigan el orden de los tres objetos del Derecho; esto es, *Personas*, *Cosas*, y *Acciones*, en este primer Libro, que es el *de las Personas*, hemos de tratar ante todo del estado de ellas. La *Persona* es: *el hombre considerado en su estado*; por lo que se dice que no puede haver persona sin que se considere en uno, ú otro estado. *Estado* es: *la condicion, ó la manera en que los omes viven o están* ». Así con esta guía prosigue (20).

No nos interesa ahora la procedencia realmente añeja de unas expresiones, sino que estuvieran vivas y resultasen operativas a las alturas de Cádiz. Comienza diciéndonos que para el derecho hay *objetos*, no sujetos en el sentido que hoy podamos entender por éstos, y que un primer objeto, no sujeto, es la *persona*. Ésta, la persona, se refiere al *hombre* o, en dicción medieval, *ome*, pero no identificándosele. Como la primera se identifica es con el *estado*, con la *condición* que para cada caso corresponda en el seno de la

---

estado. Tratamiento más cumplido para lo que inmediatamente sigue lo he ofrecido en *La Máscara de Boecio. Antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho*, en QF 39 (2010), pp. 7-40, y en Carlos A.Calderón, Carlos Agurto y Sonia L. Quequejana (eds.), *Observatorio de Derecho Civil*, vol. 14, *La persona*, Lima, Motivensa, 2012, pp. 49-72.

(20) Para registro de la significación de estas *Instituciones*, las de Asso y de Manuel, Mariano y José Luís PESET, *La Universidad española, siglos XVIII y XIX. Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, Taurus, 1974; Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *Lecturas antiguas y lecturas ilustradas. Una aproximación a los primeros manuales jurídicos*, en « Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija », 1 (1998), pp. 143-209; P. ALONSO ROMERO, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid, Universidad Carlos III, 2012, pp. 420-421 y 424. Para ilustración, real orden de 5-XI-1802: « Que el catedrático de la más antigua [de las cátedras de Prima de Leyes de la Universidad de Salamanca] explique por dos años y por hora y media los días lectivos las Instituciones de Castilla », las de Asso y de Manuel.

sociedad bien ordenada. No hay *persona* fuera del *estado*, se insiste por si quedaban dudas. Puede haber hombre sin persona, como en el caso de los *esclavos*, de "los Negros, que se emplean en Indias", en América. El hombre, de ser persona o tener la condición para serlo, es portador de derecho conforme a su *estado*, nunca sujeto del mismo. En el término de hombre se incluye a la mujer, pero para especificarse enseguida que uno es el *estado* del *varón* y otro el de la *hembra*. Es ésta una distinción de *estado natural*, más fuerte que las distinciones de *estado civil*. La persona de la mujer se sitúa bajo el gobierno doméstico regido por varón, el *pater familias*, sea marido o sea ascendiente carnal o político (21).

La palabra *individuo* ni tiene entrada ni se le necesita, puesto que, si significase ser humano, el concepto no tendría sentido para el derecho. Habría individuos sin posibilidad de alcanzar la cualidad de persona alguna, como los esclavos mientras que lo fueren, y entre las personas había de procederse desde el mero principio a distinciones que impiden la elevación de ninguno de los términos en juego a la posición estricta de sujeto de derechos. Del derecho, todos y todas, inclusive el esclavo, son objetos, no sujetos. Y sólo tienen o no tienen derechos en la medida y de la forma que el estado natural o civil, por naturaleza o por derecho, determine. En su empleo jurídico más riguroso, el verbo que regía a persona era tener, no ser: tener persona, no ser persona. Persona era objeto, no sujeto. He ahí la clave.

A aquellas alturas había por Europa alguna obra de *Instituciones* que en el primer libro, el de *personas*, introducía al *individuo* como sujeto autónomo de derechos sin alterarse en lo sustancial los estados y sus jerarquías, como fuera el caso de los *Commentaries on the Laws of England* de William Blackstone, pero es planteamiento que no se haría inicialmente vivo a efectos constituyentes en bastan-

(21) Un escrito mío titulado *Hombres de derechos, padres de familia y ciudadanos de nación*, que, tratando de estos pormenores, cita como inédito C. SERVÁN, *Los derechos en la Constitución de 1812*, p. 221, se tiene en lo sustancial subsumido en B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia*. Recuérdese el justo subtítulo del trabajo de Carmen Serván: *de un sujeto aparente, la nación, y otro ausente, el individuo*. Mis *Hombres, padres y ciudadanos* es artículo redactado a solicitud de la revista *20/10 Memorias de las revoluciones en México*, donde algún día aparecerá.

tes latitudes europeas, como la del caso del foro gaditano al que acudimos (22).

Por su parte, el término *individuo* había surgido recientemente, en las mismas vísperas constitucionales, a lo largo del siglo XVIII, con un empleo no técnico, no propio del derecho, que también ya había comenzado a compartir, fuera del campo jurídico, con la palabra *persona*. En el lenguaje común, persona venía adquiriendo un sentido no vinculado al estado o la condición, sino referido con generalidad a los seres humanos, inclusive los esclavos. Pero esto podemos ver que no contaminaba al derecho. El mismo seguía sin entender del ser humano en general y, aún menos, como sujeto. En el mismo contexto del lenguaje no jurídico es donde viene a introducirse la palabra individuo, la cual tampoco entra en juego para significar ser humano y punto. Había problemas incluso teológicos porque *individuo* significaba indivisible conforme a filosofías que entendían que todas las capacidades humanas tienen base corporal mientras que la teología predicaba como dogma fundamental que había divisibilidad entre cuerpo generado por la humanidad y alma infundida por una divinidad, *alma* donde las capacidades se residenciaban. ¿Qué podía entonces significar individuo?

Individuo, al contrario que persona, no operaba entonces en español por sí solo, sino como componente de un sintagma. Helo: los individuos de un consulado de comercio; los individuos de una universidad de estudios; los individuos de un cabildo catedralicio, etc. El individuo era el miembro de una corporación y la corporación era uno de los factores definitorios de estado civil, esto es, de la determinación de persona. Se podía concebir como un elemento indivisible de una entidad compleja porque no considera al ser humano por sí, sino como persona conforme a un estado por

---

(22) Giorgia ALESSI, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa Moderna*, Turín Giappichelli, 2006, lección III, *Il soggetto e l'ordine delle famiglie. Le ambiguità del lungo Ottocento*. Respecto al género de *Instituciones* que se cultivaba por entonces a lo ancho de Europa, tanto en Castilla como en Inglaterra, no dejando de advertir la singularidad de Blackstone, Laura Beck VARELA, *Censorship and Law Books. The Works of Arnoldus Vinnius in Spain* (a publicarse en los *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Klostermann, Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte). Vinnius, autor del XVII, es sabido que constituye la matriz de la literatura *institucionista* moderna, la del XVIII y el XIX.

pertenencia a corporación, como célula al cabo que la compone. En este sentido, tan sólo en este sentido que no era el de ser humano, podían persona e individuo solaparse, coincidir y así resultar limitadamente, sólo limitadamente, intercambiables.

Subsistía la diferencia de fondo, la de que persona era la categoría técnica en derecho significando otra cosa. También la había práctica. La persona del individuo, esto es, por razón de pertenencia a corporación, no agotaba las condiciones determinantes, no sólo condicionantes, de capacidad de persona concurrentes. Ni tan siquiera constituía la principal. Las personas de familia, comenzándose la del *pater familias*, eran siempre las primarias (23).

¿Se quiere otro ejemplo de empleo de individuo como elemento constitutivo de corporación? Los *individuos de la nación*, perteneciente a ella, en el sentido tradicional que ahora veremos o también, llegado el caso, en el constitucional, esto es entonces el ciudadano como sujeto de derechos en cuanto que persona de esa identidad corporativa, no en cuanto que ser humano. Es el sentido que literalmente encontraremos en el texto de la Constitución de Cádiz. Mas no nos anticipemos. Queda todavía interrogarse sobre la palabra nación antes de acudir al reconocimiento de los sujetos en el texto constitucional gaditano. ¿Qué se predicaba de ese término de referencia, la *nación*? Al contrario que individuo, ese neologismo del siglo XVIII, nación era ya un paleologismo en las vísperas constitucionales, pero, en cuanto que categoría jurídica elaborada, su empleo resultaba también reciente por entonces. Tradicionalmente no lo conocía (24).

---

(23) A la concurrencia de personas en la determinación de la capacidad, que suele tratarse en la historiografía tan sólo respecto a la monarquía como si fuera un extremo de teología política y no de derecho ordinario, responde un título: B. CLAVERO, *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986.

(24) Pedro ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Palabras e ideas: El léxico de la Ilustración temprana en España, 1680-1760*, Madrid, Academia Española (de la Lengua), 1992, no registra la palabra *individuo*, pero sí *nación*, con una acepción (pp. 256-261) que resulta bien elocuente para la mismas vísperas de su conversión en categoría constitucional: podía significar lo contrario de lo que iba a venir pronto a representar; « parece nación » quería decir que parece extranjero; « ahorcar naciones », ahorcar a extranjeros; « comerciante nacional », comerciante extranjero. No existiendo la relación con pertenencia

El nuevo concepto lo produjo un *ius publicum* que había venido separándose del *ius commune*, del tronco civil común. Durante dicho siglo, el XVIII, se difundió en especial a través del *ius gentium*, de un derecho de gentes o, precisamente, *ley de naciones* que igualmente iba cobrando entidad propia. Veamos la primera definición que, ya mediado el XVIII, se presenta en el *Derecho de Gentes* de Emer de Vattel: « *Que se entiende por nacion ó por estado*. Las naciones ó estados son unos cuerpos políticos, ó sociedades de hombres reunidos, con el fin de procurar su conservacion y ventaja con la reunion de sus fuerzas ». Cito por la primera traducción española que fuera impresa ya entrado el siglo XIX, la de Manuel Pascual. Además de las ediciones francesas, corrían desde temprano manuscritas o adaptadas y disimuladas. En 1779 la obra original se había incluido, sin el beneficio del expurgo, en el *Índice de los Libros Prohibidos* (25).

Lo primero que debe llamarnos la atención es la sinonimia que se establece como punto de partida. Nación y estado eran ambas palabras viejas con significados propios y distintos. *Estado* ya sabemos que era la condición natural o civil determinante de la persona. Por la persona que singularmente le correspondía al monarca, de la monarquía también podía decirse *estado*. *Nación* no era categoría netamente jurídica, pero se usaba en el mundo del derecho para indicarse *naturaleza* o pertenencia a territorio, cultura o colectividad. Dos cosas tan diferentes se predican ahora como la misma: cuerpo político y sociedad de hombres para su propia defensa y provecho. La coincidencia no era absoluta, pues podían decirse

---

a Estado comenzándose por uno propio, podía sobrentenderse que la tenía a naciones otras, las extranjeras, en el sentido de nación que enseguida diremos.

(25) Pablo GUTIÉRREZ VEGA, *Vattel larva detracta. Reflexiones sobre la recepción del Ius Publicum Europaeum en la Universidad preliberal española*, en Manuel Ángel Bermejo (ed.), *Manuales y textos de enseñanza en la Universidad liberal. VII Congreso Internacional sobre la Historia de las Universidades Hispánicas*, Madrid, Dykinson (Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija, vol. 13), 2004, pp. 537-568; José Carlos CHIARAMONTE, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires, Sudamericana, 2004, recalcando el papel de la obra de Emer de Vattel, « prácticamente olvidado en la historiografía latinoamericanista » (pp. 12 y 34; además, 127-132). Contribuí a la recuperación en *Happy Constitution*, cuyo mismo título se debe a una expresión de Vattel.

cosas como que la finalidad del estado era la felicidad de la nación, con lo que el estado resulta entonces el cuerpo político y la nación, la correspondiente sociedad humana. Concretándose, una monarquía podía constituir corporación, lo cual era el estado que incorporaba nación. Estado y nación representaban dos caras de un solo cuerpo político, la institucional y la social. Una idea de *nacionalidad* que vinculase nación a estado no existía ni podía hacerlo (26).

Nación y estado se abstraían en este contexto hasta ese punto, pero nación y estado seguían conservando sus propios sentido y empleo, el civil y el cultural. Abstracción no era cancelación. El derecho de gentes representaba esos conceptos al tiempo que el derecho civil mantenía la construcción vista de estados y de personas con todos sus efectos. La referencia genérica a *hombre* como componente de la nación y constituyente del estado presenta de entrada las mismas características que hemos visto en las *Instituciones* castellanas. Quedaba por concretarse lo que representaba esa denominación a la luz del derecho civil de estados y personas. En estas interioridades ni el derecho de gentes ni el derecho público dieciochescos entraban. Sin embargo, algún matiz de distinción podía advertirse. El hombre tradicional estaba constituido por el estado civil mientras que el hombre nuevo podría ser constituyente del estado público. Dicho de otra forma, en este otro contexto donde ya se prefiguran planteamientos que serán constitucionales, el *hombre* podría dejar de ser objeto para erigirse en sujeto.

Con esto creo que ya tenemos el escenario de lenguaje para introducirnos en la lectura de Cádiz. A partir de ahora me ciño al texto gaditano en conformidad con el método de la antropología que se permite la licencia de prescindir de una historiografía insensible a la diferencia de culturas en el tiempo. Aquí la dejamos en suspenso

---

(26) P. Álvarez de Miranda, *Palabras e ideas*, anuncia en un epígrafe (II.1) « El concepto de *nación*. El carácter *nacional*. *Nacional y nacionalidad* » como elementos del vocabulario dieciochesco; sin embargo, el último término, el de nacionalidad, comparece (pp. 225-226) de forma muy esporádica, realmente rara, significando carácter de nación o afecto a nación, pese a lo cual concluye que en dicho mismo siglo XVIII, entendiéndolo de transición, alcanza un « sentido ya plenamente moderno ». Conviene precisar porque en Cádiz vamos a ver que hay *Nación* y no hay *nacionalidad*, y que esto encierra su importancia.

pues regresaremos a ella para contrastar su propia antropología bien diversa (27).

3. *Cádiz: el individuo y el hombre como sujetos; el alma y la persona como objetos.*

Para la inteligencia de lo que la Constitución de Cádiz pudiera decirnos sobre el individuo como sujeto de derechos en relación con la nación como sujeto de potestades, conviene comenzar insistiendo en que ninguna de las dos palabras representaba categoría propia para la jurisprudencia ordinaria de su momento. Novedad también será el entendimiento que Cádiz confiere al calificativo de español para individuo y para nación. La Constitución gaditana no sólo crea con las expresiones de individuo y de nación unos conceptos enteramente nuevos para el derecho de la monarquía española, sino que también al tiempo los eleva a una posición protagónica de categorías claves.

Lo primero que Cádiz hace con el individuo, tras haber definido a la nación, es vincularlo estrechamente a la misma, a la nación: « La nacion española es la reunion de todos los españoles de ambos hemisferios »; « La Nacion está obligada á conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legítimos de todos los individuos que la componen » (arts. 1 y 4). Por el contexto, *ambos hemisferios* es expresión que excluye a África, a los afrodescendientes tanto esclavos como libres; éstos segundos veremos que se declaran españoles, pero no *individuos que componen la Nación*, no así ciudadanos. En cambio, como grueso del segundo hemisferio reconocido junto al europeo por Cádiz, los indígenas no españoles, ni que tales se les había dicho con anterioridad, son ahora *españoles* así como componentes de la Nación y así individuos por virtud todo ello de la Constitución.

De *españolas* no se habla a ningún efecto porque las mujeres no podían serlo por sí mismas, sino por relación familiar, esto es, por

---

(27) B. Clavero, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, parte introductiva, cap. 2, *Moral Economy: El suspenso de una historia*. No sólo metodológicamente lo había venido planteando, particularmente con los estudios que reuní en *Tantas personas como estados.*

subordinación a padre de familia español, el marido u otro. Los españoles, siempre en masculino, son los llamados también *naturales* (art. 29). *Naturaleza* es expresión tradicional, significando ahora constitucionalmente la condición de español, lo que no se llama *nacionalidad* o similar no sólo porque la categoría no se tuviera aún, sino porque no podía existir para Cádiz. Que las españolas sólo lo fueran a través del vínculo familiar bastaba para bloquear la posibilidad de concebir una condición de pertenencia a Nación en la que hombres y mujeres pudieran serlo de igual forma por nacimiento. Comprobaremos que, por nacer en territorio español y algún otro requerimiento, sólo los hombres devienen españoles.

De entrada, el sujeto constitucional es individuo y ciudadano, lo mismo al cabo. El individuo es el ciudadano y el ciudadano es el individuo. Constitucionalmente, era una célula sin vida por sí misma, sino por pertenencia al cuerpo colectivo de la Nación. Y no hay entonces otro sujeto de derechos constitucionalmente relevantes que el individuo y ciudadano, ciudadano e individuo, español para el caso. La *reunión* de *todos los españoles* origina *la Nación española*, pero la misma se compone, a efectos operativos de derecho constitucional, tanto del constituyente como del constituido, por los *individuos ciudadanos* y no por los españoles a secas.

Cádiz habla de « derechos del español » como derechos distintos a los derechos del ciudadano (arts. 5.2, 19 y 20, en relación con el extranjero naturalizado), pero el español no ciudadano sólo puede tener derechos conforme al orden entonces establecido que la Constitución no viniera a alterar, lo que quiere decir, como habrá ocasión de comprobar, el ordenamiento de personas y estados. Únicamente la ciudadanía, una ciudadanía de individuos que componen la Nación tan sólo, pues otros individuos no hay, confiere derechos de carácter y rango constitucional. *La libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legítimos*, en cuanto que derechos constitucionales, lo son de los ciudadanos, únicos individuos, lo que no implica, por supuesto, que, sin ser individuo, no se pueda gozar de derechos, pero conforme a las respectivas personas, sin relevancia constitucional.

Ante el galimatías aparente de los pronunciamientos de Cádiz, galimatías para una visión posterior, sobre quiénes son *españoles*, quiénes, *ciudadanos*, y quienes *individuos*, quiénes los sujetos cons-

titucionales de derechos de libertad civil, propiedad y otros legítimos, suele entenderse que los primeros son los individuos mientras que los segundos sólo serían aquellos españoles dotados de derechos específicamente políticos. Al efecto se proyecta el anacronismo de la distinción entre *nacionalidad* y *ciudadanía* que en Cádiz sencillamente no existe. Y se presume siempre, desde la perspectiva posterior, que individuo no puede significar sino ser humano, por lo que debe entenderse por tal la categoría más comprensiva, la de españoles. Del anacronismo historiográfico y de la presunción antropológica tendremos constancia.

De momento reiteremos que en Cádiz individuo se identifica con ciudadano, no con español. Los *individuos que componen la Nación* son los individuos que constituyen operativamente la Nación española y resultan, con dotación de derechos constitucionales, sus agentes, estos son los ciudadanos. La reunión de hombres e individuos que constituye nación es en el caso reunión de *españoles*. El primero es el componente de la segunda. La nación queda obligada a la garantía de los derechos de los individuos, más concretamente al aseguramiento de sus derechos legítimos, esto es lo de *legítimo* en el sentido etimológico de conformidad a ley, conformidad a las leyes o al conjunto del ordenamiento que es la Nación quien ha de producirlo o asumirlo. Si legítimo significase otra cosa, la conformidad con algo distinto a las leyes o al ordenamiento, no tendría sentido en dicho contexto. Póngase en el negativo del antónimo. Derechos ilegítimos sólo puede significar disconforme con el ordenamiento.

Recordemos el tenor del epígrafe ya citado del título primero de Cádiz en el que todo lo que estamos viendo se incluye: « *De la Nacion Española y de los Españoles* », por este orden de factores entonces significativo. No se dice « de los españoles, de las españolas y de la nación que forman », sino « de la Nación española, de los españoles que la componen y de algunos otros españoles que pueden llegar a componerla », fundamentamentalmente de los primeros y para nada de las españolas. Otro sentido es pura proyección ancrónica abstraida de las categorías que el propio título contiene.

El sintagma *individuos que componen la Nación* no es en absoluto un modismo ocasional, sino la construcción que ante todo define al individuo como sujeto de derechos al tiempo que como

objeto de derecho, sujeto de libertades y objeto de ordenamiento, éste ahora constitucional, de forma indistinguible para su misma identidad como individuo. Como sujetos de libertad y acreedores de bienestar, Nación e individuo, si se distinguen, es por cuanto que el segundo se constituye como elemento componente de la primera: « El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nacion, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen » (art. 13).·Ahí se tiene de nuevo el sintagma.

Bien estar, escrito todavía como dos palabras, implica ante todo la garantía de los derechos de individuos, « la libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legítimos ». *Demás* derechos legítimos significa en efecto entonces que todos han de serlo, *legítimos*, conforme a ley, conforme a las *leyes sabias y justas* de la Nación. La misma religión nacional, la católica, habrá de atender a la función: « La religion de la Nacion española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nacion la protege por leyes sábias y justas, y prohibe el exercicio de qualquiera otra » (art. 12). Nación es la comunidad ciudadana, de los individuos con derechos. El Estado a su vez se distingue como la institución política que asume las obligaciones contraídas por la Nación; la principal, la de cuidar de sus derechos, que son los derechos de sus individuos. El preámbulo de Cádiz lo manifiesta: « Las Córtes generales y extraordinarias de la Nacion española [...] decretan la siguiente Constitucion política para el buen gobierno y recta administracion del Estado ». No se trata de planteamientos circulares, sino de determinación recíproca entre sujetos de derechos y sujeto de potestades o, dicho de otro modo, sujeto de Estado, del Estado al que se le confía el ejercicio de las libertades.

La Nación y, por su medio, el individuo son los sujetos de derechos. En su interrelación, la primera determina al segundo más que el segundo a la primera. En términos constituyentes, la Nación constituye al individuo y no el individuo a la Nación. El individuo lo es en cuanto que miembro de la Nación y no de otro modo, nunca fuera de ella. No se trata de condicionamiento de los derechos del individuo por lo que luego se llamaría nacionalidad, sino de determinación constitutiva del sujeto individual mismo en función de Nación. Fuera del estado no hay persona, se nos decía. Fuera de la

Nación no hay individuo, nos dice Cádiz. El individuo más estaba sujeto a Nación que era sujeto de la Nación. Ser, era ambas cosas. Estaba a un tiempo en sujeción y en libertad.

« La soberanía reside esencialmente en la Nacion, y por lo mismo pertenece á esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales » (art. 3), es un pronunciamiento de Cádiz que suele entenderse en relación con la monarquía como si supusiera la nacionalización de una capacidad constituyente que antes, en realidad, nunca había existido. Aquí nos interesa el sentido que encierra respecto a la determinación del individuo, a cuyos efectos *leyes fundamentales* son las que reconocen y garantizan derechos *legítimos*, derechos conforme a ley, en conformidad con *leyes sabias y justas*. La Nación con su sabiduría y justicia constituye al individuo y sus derechos. Constituye las libertades y sus sujetos.

Unas libertades eran ante todo de la Nación, participándola ésta a sus individuos, los miembros que la componen. La Nación a su vez se concebía como reflejo de monarquía dada y se concretaba como proyección de derecho dado. Puede así decirse que la Nación era política o jurídica y no cultural, aunque la Constitución contenía un proyecto de homogenización de cultura a través de la educación (título IX, *De la Instruccion Pública*). Cádiz se movía entre el plural de *las Españas* y el singular de *la Nación española*. Nunca dice España en singular en un sentido abarcador de nación. El uso de produce sin dicha implicación: Nueva España, Grandes de España... Nación en Cádiz no refunde Españas en España. En su materialización el concepto de nación no era el anterior a la Constitución, salvo en lo que toca a su dimensión reciente de identificación por el Estado conforme al planteamiento del derecho de gentes.

En el momento estricto de Cádiz y a sus efectos constituyentes, se abstraía de forma y no se abstraía de fondo. Ahí está para lo uno la identificación de Nación por Estado en un singular compartido y ahí están para lo otro los *estados* en un plural diversificado. Se trataba de bastante más que de un tocado para lo uno y un sustrato para lo otro. En lo que interesa al individuo como sujeto, en el seno de un derecho de personas y estados que la Constitución no alteraba ni hacía el intento, su condición resultaba un estado entre estados, un estado más, estado como tal, el de individuo, propio de algunos en el seno de la sociedad, no de todos. La Nación ha de configurarlo

conforme a sabiduría y justicia, conforme a elementos dados de monarquía y derecho, religión inclusive, esto es jurisdiccionalmente. Es lo que seguiremos viendo.

El texto gaditano utiliza cerca de treinta veces la palabra individuo, ninguna de ellas desbordando el sentido de célula componente de nación o de otra corporación: « individuos de la junta », « individuos de la diputacion », de la provincial o de la parlamentaria, « individuos de la comision », una u otra, « individuo de la regencia » colegiada como también de otros colegios políticos o judiciales... Hay una aparente excepción: « No puede el Rey privar á ningun individuo de su libertad » (art. 172.11); en el juramento que el rey ha de prestar al advenir al trono ante las Cortes o parlamento, se comprende el respeto a « la libertad política de la Nacion y [a] la personal de cada individuo » (art. 173). Aparente he dicho por lo que entonces se sobrentendía. Ya sabemos que el sujeto de libertad es el individuo componente de la Nación y así la Nación misma.

Cada individuo no es la expresión general que hoy pudiera entenderse, sino cada miembro de la ciudadanía, una minoría como seguiremos constatando. Los diputados a Cortes que reciben el juramento regio son individuos por partida doble, como integrantes de corporación y como sujetos de libertad. Mejor mirado, lo son todos de forma simple con aplicación múltiple, pues lo segundo resulta un caso más de lo primero. El sujeto constitucional de derechos lo es en cuanto que miembro de la gran corporación llamada Nación. El resto, quienes carecen de la condición de individuo, pueden tener también derechos, sólo que sin relevancia constitucional, conforme a la respectiva persona según todavía veremos para los supuestos de la mujer y del trabajador.

Sobre quien era componente activo de la Nación y quien no, algo tenía que decir el derecho de estados y personas, el derecho por entonces vigentes que Cádiz sustancialmente no alteraba. No bastaba con ser español. Ni siquiera, como ya hemos subrayado, existía una categoría de nacionalidad que comprendiera a todos los españoles y, aún menos, pues nada, a las españolas. Sí que la había de ciudadanía cuyos miembros eran los individuos que componían la Nación, pero sin producirse una identificación cumplida puesto que una primera y decisiva depuración se daba por entendida. Era la que

producía la subsistencia de ese derecho de estados y personas que la Constitución de Cádiz no alteraba ni siquiera en lo que tocaba a la esclavitud, manteniéndola. Esclavos y esclavas para Cádiz no eran ni españoles. No tenían persona para ser nada relevante para el derecho. Mas no fueron tan sólo ellos quienes así quedaban, mientras permanecieran en dicho estado, radicalmente excluidos de la posibilidad de ser individuos, miembros de la ciudadanía que constituyeran la Nación y se beneficiaran de los derechos propios de la misma.

En sus términos más generales, si para entonces pudiera hablarse de nacionalidad como pertenencia a Nación, habría de deducirse que resultaba de entrada lo mismo que ciudadanía. No podía identificarse con la condición de español. Las categorías no quedaban claras en el texto constitucional por cuanto se daba por subsistente y así entendido. Entre la inexistencia de una categoría de nacionalidad en el texto constitucional, pues la de naturaleza no equivale, y la subsistencia, que en el mismo se solapaba, de los estados determinantes de personas, las respectivas identificaciones de individuos como sujetos de derechos y de la Nación como sujeto de potestades se encuentran en buena parte sobrentendidas. La persistencia de derecho de personas y de estados es general en todo el primer constitucionalismo de matriz europea por casa o por América, aunque no sea éste un fenómeno que a la historia constitucional le guste tomar en consideración. Habrá ocasión de contrastar respecto a la española. Cádiz no fue una excepción, distinguiéndose, si acaso, por el grado y la deliberación como la continuidad se produjera. Aquí sólo nos importa su caso.

La primera exclusión, o mejor segunda a efectos internos tras la de los esclavos, se produce con respecto a la mujer. Siendo por estado natural, ni siquiera se registra de forma expresa. La Constitución de Cádiz es cosa de hombres. Hombre sabemos que podía incluir a la mujer, pero esto no ocurre en el texto gaditano estricto. El mismo llega al extremo de dar la impresión de que la reproducción humana se realiza por partenogénesis masculina: « Son españoles. Primero: Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas y los hijos de estos » (art. 5). La impresión la despeja el propio texto cuando acumula condiciones para conceder la ciudadanía a libertos afrodescendientes, a la que

tienen acceso pues de entrada, sin han adquirido la libertad en las "Españas", son españoles (art. 5.4). Incluye la condición de que « sean hijos de legítimo matrimonio de padres ingenuos » o no esclavos (art. 22), de padre y madre. Más implícitamente, también despeja Cádiz la impresión de partenogénesis al definir al ciudadano: « Son ciudadanos aquellos españoles que por ámbas líneas traen su orígen de los dominios españoles de ámbos hemisferios, y estan avecindados en qualquier pueblo de los mismos dominios » (art. 18), por ambas líneas, la paterna y la materna.

No hay en aquella antropología partenogénesis salvo a los efectos constitucionales de transmisión de la condición de español entre padre e hijo. Las mujeres ya sabemos que se entienden españolas por la relación con un padre de familia español, el marido en su caso, no por sí mismas. Ni tienen ni transmiten la condición. Cuando Cádiz establece como condición para otorgar carta de ciudadanía a un extranjero « estar casado con española », los derechos de ciudadano no los transmite la mujer, sino que los confieren las Cortes, el parlamento (arts. 19 y 20). Igual ocurre cuando entre las condiciones para que un liberto pueda solicitar la ciudadanía se incluye no sólo la de ser hijo legítimo de madre libre, sino también, entre otras más, « que estén casados con mujer ingenua ».

Para el derecho de personas, *liberto* era un estado que discapacitaba temporalmente por servicios debidos al antiguo propietario como compensación de la emancipación, por lo que Cádiz, aparte de que pesase claramente el racismo, requería condiciones a fin de garantizar que ya se había superado dicha posición (« que hicieren servicios calificados a la Patria », « que se distingan por su talento, aplicación y conducta », « que ejerzan alguna profesión, oficio o industria útil con un capital proprio »; siempre en dicho art. 22). Tanto respecto a extranjeros como a libertos, son todas las dichas solamente eso, condiciones para un derecho que confiere la Nación representada por las Cortes, no que transmitan madres ni esposas. En derecho, nadie da lo que no tiene, ya se sabe.

Las mujeres no tenían derechos constitucionalmente relevantes ni pueden en consecuencia transmitirlos a ningún efecto. Hombre sabemos que podía comprender a la mujer, pero está dicho no es éste el caso para el texto gaditano. Prácticamente, la única ocasión en la que el texto gaditano usa la expresión de *hombre* es en el

referido artículo constitucionalmente partenogenético: *los hombres y los hijos de los hombres*. Digo lo de prácticamente porque hay un par de ocasiones de empleo cualificado como sintagma hecho que indica una condición o estado de persona sin posibilidad alguna de comunicación a la mujer: *hombres buenos* como peritos para la evaluación de indemnizaciones por expropiación pública o como asesores del alcalde en procedimientos jurisdiccionales de conciliación (art. 172.10 y 283). La mujer, aunque se le menciona en las ocasiones vistas, no existe como sujeto humano para la Constitución de Cádiz. Como persona veremos que tiene una posición que no concede en absoluto ese acceso.

Si en ningún momento el texto gaditano hacía empleo del vocablo *hombre* para comprender a la mujer y si ésta, exclusión de la ciudadanía mediante, no cabía que se incluyera en el término *individuo*, el integrante de Nación, ¿qué palabra utiliza Cádiz para referirse a seres humanos más en general de verse en la necesidad? Hela: *almas*. « Por cada 70.000 almas de la población » se tiene derecho a un escaño parlamentario; hecha la distribución, corresponde otro adicional por « el exceso de más de 35.000 almas », lo que a su vez basta si un distrito no llega a las 70.000 (arts. 31, 32 y 33). Una comunidad local tiene derecho a constituir ayuntamiento cuando "por sí o con su comarca lleguen a mil almas" (art. 310). Alma parece que se llamaba entonces a lo que hoy decimos individuo o también persona. *Habitante* se dice sólo en una ocasión con un sentido más restringido, para la formación de milicias, lo que requeriría cualificación. *Vecino*, que se utiliza más, es término también cualificado, ante todo para ser español como hemos visto (art. 5 citado). Los gitanos, si trashumantes, no eran españoles para Cádiz. En general no es española la población vagabunda. Había que estar formalmente avecindado no sólo para ser ciudadano, sino incluso para ser español. Había órdenes religiosas, católicas, que tampoco cumplían la condición. Eran sólo almas.

En el contexto confesional del texto gaditano, contexto en el que habremos de abundar, ni siquiera *alma* se referiría a la totalidad de *la población*, hasta tal punto no habría un término constitucional para el ser humano en general. Almas para la Constitución serían las de quienes constasen en el registro de una iglesia, la católica. No se adquiría la existencia en derecho por el nacimiento, sino por recibir

un sacramento religioso, el bautismo. Protestantes, gentes de otras religiones o de religión ninguna no bautizados católicamente no tenían en consecuencia existencia constitucional o ni apenas jurídica. Si se les respetaba como por entonces en el caso de los anglicanos por virtud de la alianza con la monarquía británica, no era porque el derecho lo requiriese, sino porque la política lo recomendase, según podía estar también reconocido para otros casos mediante tratados o por mera prudencia en la práctica. En definitiva, concepto para ser humano en general no hay visos de que lo hubiera en Cádiz.

Ni *persona* ni *individuo*, los términos principales, ya nos consta sobradamente que no significaban ser humano y punto, cualquier ser humano. Cuando se quiere hacer referencia, no a todo ser humano, sino al universo bautizado, Cádiz a lo que recurre es a esa otra palabra, la de *alma*, la cual a su vez representaba un objeto de derecho, *la población* de la monarquía, no un sujeto de derecho, el *individuo* español o la *Nación* española. Puede argumentarse que este uso es debido a la mentalidad religiosa de una Constitución confesionalmente católica, lo que es desde luego cierto y además incide en la dificultad de concebir al individuo como ser humano sin dependencia constitutiva de tipo corporativo u otra, como la misma de la infusión divina de las capacidades humanas según el dogma católico. Pero este argumento no lo explica todo. Alma ofrecía la abstracción suficiente para el juego constitucional de este conjunto de categorías.

Lo más significativo es siempre que ni *persona* ni *individuo* o ni siquiera *alma* se utilizan en ningún momento con el sentido más indistinto ni cabía entonces que esto se hiciera. No estaban disponibles a este empleo puesto que significaban otras cosas que también tienen que ver con el ser humano, sólo que en sentido efectivamente más cualificado y restringido. Nos queda aún por comprobar en Cádiz el juego de la persona, el objeto principal, no el sujeto, de las *Instituciones*. Hemos detectado efectos suyos, como en el caso de la mujer, pero no se ha considerado todavía su forma de incidencia.

4. *La persona en estado ya civil, ya natural: trabajo y género.*

La Constitución de Cádiz se adopta como *Constitución Política*, con este adjetivo que entonces restringe su alcance respecto a la

materia que cubre. En los debates constituyentes se habló de añadir otras *constituciones*, como la eclesiástica o la militar. Lo político se distinguía también de lo civil en el sentido del ordenamiento sobre *personas*, *cosas* y *acciones* de lo que trataba la jurisprudencia. De esto tampoco se ocupaba la Constitución Política, dándolo de entrada por supuesto y previendo que unos *códigos* se harían ulteriormente cargo: « El código civil, criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Córtes » (art. 258). Serían las constituciones civil, penal y mercantil.

El derecho de personas que la Constitución Política mantiene había de incidir especialmente en el campo de los sujetos, aunque ya sabemos que no era el suyo. El texto gaditano hace uso de la palabra persona algo más de treinta veces, bien que por lo general en el sentido no técnicamente jurídico de seres humanos, aunque nunca todos, pues se preciaba estado para serlo. En esta acepción no era materia constitucional. Persona es palabra que en Cádiz sirve para designar o singularizar unos contados seres humanos: « determinada persona », « un número de personas », « personas y bienes », « ninguna persona ni familia », « persona ó personas elegidas », « personas que determine el ceremonial », « personas de conocida instruccion », « persona que exerza cargo público », « la persona del Rey », « las personas de la familia real »... Hay un uso de « toda persona » que podría acercarse a todo ser humano, pero sin implicación nunca de que pueda ser en forma de sujeto: « Toda persona deberá obedecer estos mandamientos [judiciales]; qualquiera resistencia será reputada delito grave » (art. 288). Tampoco además lo resulta puesto que, por cuanto veremos, un juez no podría dirigir mandamientos directamente, sin pasar por el padre de familia, a la mujer o al trabajador asalariado.

Sólo hay una ocasión de clara remisión al sentido técnico. Se trata de un caso singular: « La persona del Rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad » (art. 168). Persona aquí designa a un concreto ser humano desde luego, pero significa más propiamente condición de estado. Y resulta relevante que para lo primero no se utilice nunca el término de individuo. No eran palabras intercambiables. No cambia nada que « persona del Rey » pueda quedar luego como un modismo o como un latiguillo sin

consideración de estado entre estados. En Cádiz significaba esto último. El mismo nombre de Estado con mayúsculas para la monarquía procedía del estado del monarca como persona con minúscula, quiero decir, de su posición de estado entre estados, persona sobre personas.

Sin utilizarse la palabra persona, estados que la determinan asoman de forma expresa y directa por el texto constitucional gaditano en un par de ocasiones: « El exercicio de los mismos derechos [ciudadanos] se suspende: [...] Segundo: Por el estado de deudor quebrado, ó de deudor á los caudales públicos. Tercero: Por el estado de sirviente doméstico » (art. 25). Menos directamente, también comparecen el « estado seglar », el « eclesiástico secular » y el « eclesiástico » sin más. Son puntas de iceberg del mantenimiento del derecho de personas. A la espera de una Constitución Eclesiástica que nunca llegaría ni ocasión que hubo, lo que a la Constitución Política interesaba especialmente era el caso de los estados que suspendían el ejercicio de la ciudadanía, no anulándose la ciudadanía misma. El tratamiento por entonces penal de la quiebra afectaba efectivamente al estado determinante de la persona. No menos o realmente más lo hacía la condición de *sirviente doméstico*.

Había en Cádiz estados sin necesidad de usarse la palabra. Por ejemplo, en la composición del Consejo de Estado, una institución muchísimo más importante allí de lo que lo sea hoy el órgano del mismo nombre, figura, junto a gente eclesiástica y otra, la Grandeza de España, lo que tampoco era, como en la actualidad lo sea, un contingente residual con algún privilegio suelto frente al principio constitucional de no-discriminación, sino un estado de nobleza cualificado en el seno de una sociedad de estados sobre la que Cádiz, sin necesidad de proclamarlo, se sustentaba en definitiva.

A lo que nos importa ahora, en el derecho de personas *sirviente* era expresión de estado significando trabajador heterónomo, que hoy diríamos por cuenta ajena, mientras que *doméstico* se refería al efecto de que esta relación de trabajo implicaba la sujeción del trabajador o trabajadora a la autoridad del padre de familia que le empleaba. En el Proyecto de Constitución presentado al pleno de las Cortes por su Comisión de Constitución, el proyecto cuyo discurso preliminar se ha convertido luego en poco menos que exposición de motivos de la Constitución misma, se utilizaba una

expresión más clara al propio efecto del alcance de la suspensión del ejercicio de la ciudadanía: « estado de sirviente á soldada de otro ». ¿Por qué es que se modificó la expresión?

Sirviente doméstico era el sintagma técnico. La otra forma dejaba por su parte claro que el *estado* servil correspondía a todo trabajador *a soldada*, asalariado diríamos hoy. No se comprendían trabajos con contraprestación de honor, los que se remuneraban por *honorarios*, como los de preceptores, médicos o abogados. Por una zona intermedia podían suscitarse y se suscitaron dudas. Entre trabajo a soldada y trabajo doméstico resultaba que no había implicación de que el concepto se restringiese, aunque ya el intento se diere en el mismo foro gaditano. Como ambos resultaban igualmente amplios, la restricción como hubo de producirse fue a continuación según veremos enseguida.

Doméstico no significaba que el trabajo necesariamente se desempeñase en hogar ajeno. Cualquier trabajo por cuenta ajena suponía el sometimiento a dicha autoridad de un padre de familia que no era el propio o que para entonces lo resultaba desde el momento en que la relación laboral se contraía. Era estado de servidumbre, categoría distinta a la de esclavitud. Para hacernos una idea del alcance de aquella sujeción del trabajo a la propiedad, baste recordar que tal autoridad patronal llegaba a asimilarse a la judicial. Por vía de exención respecto a la jurisdicción pública en el ejercicio de la autoridad de padre de familia a todos los efectos, el patrón se decía, con todas sus consecuencias prácticas, que era el juez natural del trabajador. Éste no tenía acceso a la justicia sobre ninguna de las incidencias de sus relaciones con el patrón o con representantes suyos, capataces u otros. Por cuanto que Cádiz contempla *el estado* del trabajo, todo ese derecho viene a poder comprenderse en el orden constitucional [28].

---

[28] C. GARRIGA, *Constitución política y orden jurídico en España: el 'efecto derogatorio' de la Constitución de Cádiz*, en el mismo y M. LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, pp. 119-168, despeja el anacronismo usual y por lo general implícito en la historiografía sobre Cádiz como punto de partida con alcance derogatorio del sistema jurídico anterior, perfilando el escenario normativo en el que se incluye la continuidad de un derecho de personas y estados o como también, por lo que luego veremos, de una iglesia, la católica, cual parte componente del propio orden constitu-

Llegada la Constitución de Cádiz, el estado servil del trabajo no excluye de la ciudadanía, pero deja en suspenso su ejercicio. Tratándose de suspensión y no de denegación, el acceso a propiedad suficiente para la propia subsistencia podía reintegrarla. Dejar de trabajar sin más no daba acceso al ejercicio de la ciudadanía, pues ésta también se suspendía « por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido » (art. 25.4). En todo caso, el núcleo de la cuestión consiste en que la servidumbre del trabajador era el derecho del trabajo de Cádiz ([29]).

Conviene añadirse que la amplia incidencia de la suspensión de la ciudadanía por el estado de trabajo condujo a una recapacitación. A efectos de participación electoral comenzó a interpretarse por juntas electorales antes que por la Comisión de Constitución de las Cortes que la condición de sirviente doméstico debería restringirse al « servicio casero » o al trabajo « cerca de la persona » y así se haría en lugares donde abundaban jornaleros sin tierras o familias dentro de haciendas. En todo caso, esto no eliminaba el estado de servidumbre laboral. A otros efectos se mantenía la sujeción del trabajo a la autoridad doméstica de la familia empleadora. La duda podía plantearse respecto al acceso a la justicia una vez que la devolución parcial del ejercicio de la ciudadanía a efectos electorales había de implicar la consideración del trabajador no casero como individuo que compone la Nación, sujeto de derechos y acreedor por ende de garantías como las judiciales.

---

cional. Eran cuestiones vinculadas vía derecho canónico y teología moral que incidían fuertemente en materia de personas y estados. En fin, como viene ahí a concluir Carlos Garriga, p. 166: « La Constitución proyecta un orden *nuevo*, pero se inscribe en el orden *viejo* y no escapa a su dinámica », sobre todo esto último.

([29]) Alejandro MARTÍNEZ DHIER, *La igualdad de todos los individuos ante la ley: 'la vagancia' en la Constitución de Cádiz*, en « Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales », 5, *Especial sobre Constitución de Cádiz*, 2009, pp. 51-71, partiendo en ese sentido de igualdad entre individuos a contramano no sólo para Cádiz. En esta dirección contrafactual, a fuer de buscar virtudes liberales en Cádiz y su tiempo, se le viene a rebuscar incluso en los aledaños del campo laboral de régimen servil: Antonio ÁLVAREZ MONTERO, *La libertad de trabajo en el entorno normativo de la Constitución de Cádiz*, en Miguel Ángel Chamocho y Jorge Lozano (eds.), *Sobre un hito jurídico: la Constitución de Cádiz. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográfic*os, Jaén, Universidad de Jaén, 2012, pp. 325-342, volumen en el que se publica el trabajo sobre *el problema del paro en Andalucía* al que me referí y que citaré.

Cádiz no dio respuesta a esa duda. Notorias dificultades se interponían, Llegó a acuñarse una fórmula de difícil sentido jurídico, la de « estado de sirviente doméstico cerca de la persona » o similar. Fue utilizada por Constituciones americanas herederas de Cádiz. Podría haberse suspendido directamente la ciudadanía de los trabajadores en hogar ajeno, pero el uso persistente de la categoría de *estado* que daba razón a tal exclusión hacía entrar en juego a una jurisprudencia de personas que no entendía del distingo, sino sólo de estado de los sirvientes domésticos, de todos ellos. La distinción pudo funcionar solamente a efectos constitucionales y probablemente tan sólo electorales (30). En España, cuestión de estados no hubo para el constitucionalismo sucesivo, aunque en parte se mantuvieran, puesto que vino a imperar un régimen censitario reduciendo drásticamente la ciudadanía.

A las alturas de 1812, la respuesta a la duda existía y se conocía. La ofrecía desde Francia el Código Napoleón, código civil que ya estaba traducido y publicado en español cuando Cádiz, como hemos visto, hacía previsión de codificar. El mismo había mantenido a la mujer en una condición de estado, como todavía tendremos que ver, pero no en cambio al trabajador, cuyo caso fue situado en sede de contrato con acceso consiguiente a la justicia, bien que con la peculiaridad de reproducir la sujeción laboral. Sobre la base de que el contrato de trabajo no era escrito ni tenía por qué serlo, el Código Napoleón disponía que la palabra del patrón había de constituir prueba en juicio para cuestiones esenciales de la relación de trabajo. El trabajador podía acceder a una justicia que así se ponía al servicio

(30) En el debate habido a la primera ocasión que propuse la lectura de *sirviente doméstico* en el texto gaditano, iniciado por una reseña de Alicia Fiestas en AHDE, 55, 1985, pp. 837-842, M. Pérez Ledesma, *Las Cortes de Cádiz y la sociedad española*, pp. 188-189, alegó oportunamente que en el mismo seno de las Cortes se había previsto la amplitud del efecto y decidido la restricción con la adopción del calificativo *doméstico* en vez de *a soldada*, pero esto no toma en cuenta el derecho de personas y estados de entonces que en sí no se alteraba ni por forzarse la interpretación restrictiva. El debate entonces no prosiguió por responsabilidad mía puesto que faltó mi réplica, lo reconozco, limitándome a la respuesta por completo insatisfactoria de reafirmarme en la posición. Para la construcción del derecho de propiedad privada sin alteración de la servidumbre laboral, B. Clavero, *Les domaines de la propriété, 1789-1814: Propiedad y propiedades en el laboratorio revolucionario*, en QF 27 (1998) pp. 269-378.

de la otra parte. El cambio de sede normativa entre estado y contrato no suponía realmente un transcurso de estado a contrato (31).

Así podía resolverse la cuadratura del círculo. Poco después de los tiempos napoleónicos nacería quien ha sido el principal teórico del tránsito histórico *from status to contract*, Henry Sumner Maine, miope, igual que tantos otros y otras ayer y hoy, ante estados de tal alcance como el de la servidumbre laboral existentes en algún grado todavía en su propia sociedad. Aunque el nombre no haga enteramente a la cosa, *master and servant law* es el nombre del derecho del trabajo en Inglaterra hasta entrado el siglo XX, el recién pasado. En todo caso, los mismos cambios que comenzaron a plantearse ya en el mismo siglo XIX son indicativos de que, a sus inicios, el régimen del trabajo era sustancialmente el de la servidumbre doméstica en su sentido jurídico (32).

En cuanto al estado de la mujer, Cádiz ni siquiera se digna registrarlo, dando por supuesto, como hemos comprobado, su incapacidad radical para ser sujeto de derechos constitucionalmente relevantes. Bajo el paradigma gaditano, no creado pero acogido por Cádiz, la mujer, al contrario que el trabajador, no se encontraba con posibilidad alguna para acceder a la condición de individuo integrante de la Nación. Ni siquiera era española por derecho propio. El derecho de personas la consideraba un ser doméstico en el sentido visto de sometimiento a autoridad familiar. Tampoco tenía acceso a la justicia por sí misma, sin mediación del padre de familia, fuese su

---

(31) Ya me ocupé de detalles en *Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional?*. Respecto a la referencia napoleónica, André CASTALDO, *L'histoire juridique de l'article 1781 du Code Civil:"Le maître est cru sur son affirmation"*, en « Revue Historique du Droit Français et Étranger », 55, 1977, pp. 211-237; Alain COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle)*, en « Annales. Histoire, Sciences Sociales », 57, 2002-6, *Histoire et Droit*, pp. 1521-1557.

(32) Otto KAHN-FREUND, *Blackstone's neglected child: The contract of employment*, en « The Quarterly Law Review », 93, 1977, pp. 508-528; Robert J. STEINFELD, *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English and American Law and Culture, 1350-1870*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1991; Christopher FRANK, *Master and Servant Law: Chartists, Trade Unions, Radical Lawyers and the Magistracy in England, 1840-1865*, Farnham, Ashgate, 2010. La miopía, no digo la ceguera, también se daba respecto al *status* de la mujer, como si todo fuera ya contrato entre sujetos libres o como si el régimen de la familia hubiera de ser por naturaleza ajeno al orden contractual entre partes iguales, pero sobre esto vamos a tratar ahora.

marido u otro. De éste también se predicaba que era el juez natural de la mujer. Salvo por recluírsele en familia propia, de sangre, de adopción o política, su estado de persona era sustancialmente similar y no mejor jurídicamente en todo caso al del trabajador.

Para los tiempos de Cádiz, había diversidad de posiciones jurisprudenciales respecto a la caracterización del estado de la mujer como civil o como natural, como dispuesto por el derecho o como establecido por la naturaleza o, lo que equivalía, por el *Dios autor y supremo legislador de la sociedad* que hemos visto invocarse al principio de la Constitución. Lo segundo ni siquiera se planteaba respecto al trabajador. En el caso de Francia que estaba a la vista de Cádiz, entre la revolución y la codificación, después de que la primera eliminase el estado de la mujer en el ámbito civil y la segunda lo restableciese, se había asentado la concepción de que se trataba de un supuesto de *estado civil*, no de estado natural. Para la construcción social del género, la distinción no era baladí. Se jugaba la posibilidad de modularse, dentro de la sujeción, la posición de la mujer, como la codificación francesa efectivamente hacía en materia mercantil (33). ¿En qué posición se situaba Cádiz?

El absoluto silencio de Cádiz sobre el estado de la mujer, un estado que excluye de la condición de individuo y no sólo del acceso al ejercicio de la ciudadanía, creo que sólo admite una interpretación. Para aquella Constitución el estado de la mujer era estado natural, estado por naturaleza, no estado civil, estado por derecho. Nada quita a esta diagnosis que, con posterioridad, los planteamientos codificadores mirasen al caso francés tanto en materia civil como en la mercantil. Seguir pasos de la codificación francesa también supondría el tránsito en falso de estado a contrato para el supuesto del trabajo. Aunque así ya no se le conceptuase, implicaría el mantenimiento sustancial de un estado civil de sujeción a la propiedad. En lo que a la mujer respecta, estrictamente para aquel

---

(33) Puede ilustrar un texto de época: Narcisse-Epaminondas CARRÉ, *Code des Femmes. Analyse complète et raisonné de toutes les dispositions législatives qui règlent les droits et devoirs de la femme dans les différents positions de la vie*, París, J.P. Roret, 1828, con edición revisada al año siguiente como *Nouveau Code des Femmes. Manuel complet et raisonné de toutes les dispositions législatives qui règlent les droits et devoirs de la femme dans les différents positions de la vie*.

constitucionalismo español de 1812, el estado que la incapacitaba era de derecho natural, de un derecho impuesto por la naturaleza. Mediaba entonces un abismo entre ser individuo debido a nación, el varón propietario padre de familia con potestad europeo o eurocolonial en suma, y ser persona sujeta a familia, la mujer sin más (34).

El caso de la mujer no es probablemente el único de estado natural para el paradigma constitucional de Cádiz. El derecho de personas mantenía por ejemplo bajo la autoridad familiar a los descendientes no emancipados, incluso aunque fuesen mayores de edad, casados y económicamente autónomos, con padre de familia vivo y capaz. Padre de familia, *pater familias*, no era concepto biológico, sino jurídico. Podía ser perfectamente el abuelo. También había opiniones divididas sobre si era caso de estado civil o natural. Al contrario que en el supuesto de la mujer, no veo indicios para dar una respuesta concluyente sobre la posición gaditana. Pero no hace falta que consideremos todos y cada uno de los casos de estado en relación a Cádiz (35).

---

(34) En un primer acercamiento (B. CLAVERO, *Cara oculta de la Constitución: Sexo y Trabajo*) no me apercibí del extremo del estado natural ni de otros relacionados y ya también señalados como el de exclusión más general de la materia civil respecto al ordenamiento constitucional bajo la presuposición además de su carácter en buena parte de derecho de naturaleza. El desapercibimiento sobre estos aspectos es común incluso entre quienes se concentran en el asunto de la condición de la mujer: María Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Valencia, Universitat de València, 2005; Irene CASTELLS y Elena FERNÁNDEZ GARCÍA, *Las mujeres y el primer constitucionalismo español, 1810-1823*, en « Historia Constitucional », 9, 2008, pp. 163-180; Rosa María RICOY, *Comentarios sobre el principio de igualdad y género en la Constitución de Cádiz*, en « Revista de Derecho Político », 83, *La Constitución Española de 1812*, vol. 1, pp. 459-486; Catalina RUIZ-RICO, *La posición jurídica de la mujer en el contexto de la Constitución de 1812*, y María PÉREZ JARABA, *Familia y mujer en la Constitución de 1812*, en M.A Chamocho y J. Lozano (eds.), *Sobre un hito jurídico: la Constitución de Cádiz*, pp. 245-154 y 255-270, respectivamente.

(35) Para otro caso entre tantos, con planteamiento de la cuestión del sujeto en relación al sentido tradicional de persona y no dejando de considerar la posición de Cádiz, J. VALLEJO, *Indicio liberal de la muerte civil. El Proyecto de Código de 1821 y la definición del sujeto de derechos*, en « Historia Contemporánea », 33, *El primer constitucionalismo hispanoamericano*, 2006, pp. 581-603. Jesús Vallejo viene estudiando el asunto también respecto al supuesto del descendiente no emancipado: *Orden, libertad, justicia. Figuración constitucional republicana, 1873*, en AHDE, 67, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, 1997, pp. 821-845; *Paradojas del sujeto*, en C. Garriga (ed.), *Historia*

Lo que más ha de interesar ahora es la misma diferencia entre estado natural y estado civil. El primero, por considerarse de naturaleza, no era normativamente disponible. Formaba parte del parámetro de jurisdiccionalidad al que las potestades, comenzando por la legislativa, se tenían por obligadas. El *poder* legislativo no entiende de esta obligación. En rigor constitucional, sólo se debe a derechos de libertad. Dentro del paradigma jurisdiccionalista histórico, el de aquellos tiempos, la *potestad* legislativa se entiende obligada también a otros parámetros, como el del estado natural de la persona de la mujer sujeta a autoridad de familia por ejemplo. No operaban *derechos naturales*, sino *estados naturales*. Dicho de otro modo, en Cádiz había un duro núcleo de iusnaturalismo, pero no de derechos de libertad, sino de personas de estado (36).

Cádiz respondía al jurisdiccionalismo como advertimos desde el inicio, lo que ha de tenerse en cuenta también cuando hablamos

---

y Constitución, pp. 173-232; *Sujeito e Código na Espanha do século XIX: a 'microscópica' lei de dissenso de 1862 e as dimensões do poder paterno*, a publicarse en Judith Martins-Costa (ed.), *Código: Dimensão Histórica e Desafio Contemporâneo* (Homenagem da Universidade Federal de Rio Grande do Sul a Paolo Grossi). Son piezas que van reconstruyendo el panorama del derecho civil como factor radicalmente condicionante o en realidad constitutivo del constitucionalismo histórico. Obsérvese, por los títulos de los trabajos, que el asunto de los estados, no sólo el de la mujer y el del trabajador por cuenta ajena, trasciende a Cádiz.

(36) No hay término de referencia más equívoco que el del iusnaturalismo, especialmente, aunque todavía hoy siga generando confusión, para aquellos tiempos (ej., J.C. Chiaramonte, *Nación y Estado en Iberoamérica*, cap. 4, *Fundamentos iusnaturalistas de los movimientos de independencia*; también, *La Antigua Constitución luego de las Independencias, 1808-1852*, en « Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales », 199, 2010, pp. 331-361; contrástese Silvana Carozzi, *Las filosofías de la revolución. Mariano Moreno y los jacobinos rioplatenses en la prensa de Mayo, 1810-1815*, Buenos Aires, Prometeo, 2011). Constitucionalmente, el iusnaturalismo de personas de estado quedaba por supuesto situado en las antípodas del iusnaturalismo de derechos de libertad, pero cabía por entonces el solapamiento de una referecnia tradicional y omnipresente, la de estados, y otra eventual y sobrevenida, la de derechos. A aquellas alturas podía darse la combinación entre derecho natural de sujeción de estado para la mujer y derecho natural de derechos del individuo para los hombres, aunque no todos ni mucho menos (ej., los *Commentaries* de William Blackstone), lo que no ocurría precisamente en Cádiz con su carencia de lo segundo y potencia de lo primero. La misma calificación o descalificación de iusnaturalismo, que no es en su literalidad término de entonces, viene coadyuvando de por sí a la confusión.

de codificación. Su requerimiento de *código* habrá de entenderse bajo las coordenadas jurisdiccionalistas de limitación de la potestad legislativa y no conforme a los presupuestos napoleónicos de disposición normativa sobre el entero ordenamiento o poco menos. No es lo mismo codificar bajo supuestos de disponibilidad o de indisponibilidad del ordenamiento. El concepto y la práctica del código resultan distintos (37).

Estados naturales y estado civiles determinaban la persona que a cada cual le tocaba y por tanto los derechos que le correspondía. No había persona fuera del estado. Derechos no había fuera del ordenamiento de personas. Ni siquiera el individuo gaditano escapaba a este encuadramiento. Ser miembro de la Nación suponía una persona o condición que le confería derechos a los que la Nación misma se declaraba obligada. En este último punto, creándose así una persona constitucional, radicaba la novedad de aquel constitucionalismo de Cádiz, no en la concepción estricta del sujeto.

5. *Radicación familiar, composición corporativa y localización parroquial del sujeto constitucional.*

Tanto uso de las palabras *individuo* y *persona* en el texto gaditano, sumando unas sesenta veces entre ambas, puede ofrecer desde luego hoy la impresión de que estamos ante una Constitución

---

(37) B. CLAVERO, *La idea de código en la Ilustración jurídica*, en « Historia. Instituciones. Documentos », 6 (1979), pp. 49-88, no niego que sea aprovechable, pero adolece de infravaloración del jurisdiccionalismo, lo que le lastra seriamente. Por aquellas fechas preparaba un libro que tuvo incluso título, *La Ilustración jurídica en España*, cuyo proyecto afortunadamente, dada dicha deficiencia de fondo, abandoné. Adelanté alguna otra pieza de cierta utilidad todavía: *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, en AHDE, 48, 1978, pp. 307-334; *'Leyes de la China'. Orígenes y ficciones de una historia del derecho español*, en AHDE, 52, 1982, pp. 193-221; *Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral*, en *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre*, Valencia, Universidad de Valencia, 1982, vol. 2, pp. 503-532. Ahora interesan en mayor medida J.M. PORTILLO, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, y J. VALLEJO, *De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio*, en Pablo Fernández Albaladejo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Madrid, Marcial Pons-Casa de Velázquez, 2001 (ed. corregida, 2002), pp. 423-484.

que toma como sujetos de derechos a los seres humanos, aunque no evidentemente abarcándolos a todos ni poniendo en primer término sus derechos (38). Descuida precisiones sobre quienes fueran los agraciados y acerca de la posición en la que quedara el resto, así como también respecto a cuáles fueran particularizadamente los derechos, pero por lo usual se entiende que reconoce un sujeto de libertades y que ése es humano, individual y no corporativamente humano. Es lo que suele entenderse cuando se celebra su *liberalismo* en general y su cosecha de *libertades* en particular De esta forma, con tan buen pie, habría nacido en Cádiz la nación constitucional española, una nación ante todo liberal. Siento estar aguando la fiesta, aunque tampoco es que me encuentre solo, sin buena compañía, en tamaña tesitura (39).

---

(38) Horst Pietschmann, *Nación e individuo en los debates políticos de la época preindependiente en el Imperio Español, 1767-1812*, en autores varios, *Lengua, historia e identidad. Perspectiva española e hispanoamericana* (Romanistisches Kolloquium XVII), Tubinga, Gunter Narr, 2006, pp. 23-50; p. 24: « Es cierto que la Constitución de Cádiz emplea un lenguaje individualista al definir *los españoles* y *los ciudadanos españoles* y así también en otros contextos, pero destaca mucho más sus deberes con el estado y la nación que sus derechos y libertades », deberes y derechos del individuo sin más cuestión sobre la entidad del sujeto. En esto ya puede verse que ni se entra porque no se concibe como cuestionable. Incluso cuando se ha venido a valorar la cultura política del espacio transcontinental del momento gaditano en su sentido lato, desde 1808, la contraposición entre corporatismo e individuísmo, arcaísmo y modernidad, impide la captación específica del individuo *incorporado* con la nación como cuerpo de referencia en Cádiz: François-Xavier Guerra, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, Fundación Mapfre, 1992; México DF, Fondo de Cultura Económica, 1993, última reimpresión, 2010, de la tercera edición, 2000; Madrid, Encuentro, 2009; confróntese ed. 1992, p. 23, sobre « el centro del nuevo sistema de referencias: la victoria del individuo, considerado como valor supremo y criterio de referencia con el que deben medirse tanto las instituciones como los comportamientos »; p. 85: « La Modernidad es ante todo la *invención* del individuo », modernidad con mayúsculas endosándola además a Cádiz de modo que sus Cortes aparecen como impulsoras definitivas de *liberalismo* hispano. He dicho corporatismo e individuísmo porque corporativismo e individualismo añaden una fuerte carga ideológica que resulta de lo más anacrónica para aquel momento.

(39) M. Lorente y J.M. Portillo (eds.), *El momento gaditano*, que curiosamente, lo digo por el ambiente imperante que se hizo vivo en la misma presentación del libro como ya sabemos, ha recibido el premio a investigaciones en la celebración del Bicentenario por la institución que lo edita y lo presentara, el Congreso de Diputados. La misma sólo ha requerido el cambio de título. El original era *República de Almas*, bien

Si se parte de dicha impresión de protagonismo individualizablemente humano para la lectura del texto gaditano, el mismo también la ofrecerá de una progresión incluyente entre individuo, persona y alma, de los menos a los más, aunque nunca hasta todos y todas. La historia constitucional convencional suele entender que el primer constitucionalismo de sujeto minoritario ya encierra la potencialidad de evolucionar hacia la inclusión de la totalidad de los seres humanos como sujetos de derechos. Ahí encajan bien las pretensiones gaditanas de hoy, no de ayer, unas pretensiones que, convertidas en tópicos, imperan sobre la investigación. Para dicho guión de historia constitucional tiene que comenzar por ignorarse empecinadamente la misma forma como las exclusiones se producían en aquel constitucionalismo temprano y como la inclusión completa, con desigualdad y todo de entrada, ni siquiera era concebible a escala nacional, cuanto menos a la humana. Si en Cádiz hay una progresión respecto a los sujetos, es de carácter excluyente, de las almas a los individuos pasando por las personas, por el derecho establecido de personas y estados. La novedad constitucional radicaba en la categoría del *individuo*, aunque no significase precisamente individuo.

¿Qué era el *individuo* para Cádiz? Algo humano desde luego, pero algo que no podía ser sujeto de derechos por sí mismo, sino por participación en corporaciones, entre ellas la nueva que trae la Constitución, la Nación. No es la primera, pues viene a superponerse incluso a los efectos de la concepción del individuo constitucional. De lo que hemos visto respecto al derecho de personas y familias podemos inferir que el campo de concepción del individuo como sujeto constitucional puede ser previo al nacional. Cádiz lo daba por supuesto. Si no se ocupaba del estado de la mujer o del estado del descendiente no emancipado es porque no le concernía el derecho de familia, una de las varias materias fundamentales que no entraban en la Constitución política. No tenía por qué referirse a la figura del *pater familias*, la que podía identificarse en primer lugar como individuo constitucional en el contexto así de la pertenencia a

---

expresivo para cuanto ahora sigue. No diré si es con ironía como celebro que el título cambiase: B. CLAVERO, *El momento constitucional de una república católica*.

familia antes que de dependencia de nación, en todo caso como miembro de cuerpo.

Donde mejor pudo expresarse eso que Cádiz daba por supuesto es allí donde no se contase todavía con la referencia de nación para la definición del individuo, esto fue por medios euroamericanos que comenzaron a plantearse procesos constituyentes al margen del más general que condujo al foro gaditano. Teniendo entonces que aclararse planteamientos, por no poderse figurar nación como reflejo de monarquía y no haberse todavía concebido la alternativa de una nación propia, el individuo constitucional puede presentarse como sujeto en cuanto que padre de familia, padre nunca en el sentido biológico, sino en el jurídico de quien ejerce potestad familiar. El *pater familias* es individuo constitucional como miembro cualificado de la familia antes que como componente activo de la nación. La potestad familiar hacia una vertiente es título de derechos constitucionales hacia la otra. Sujeto constituyente, más así que constitucional, es el *individuo padre de familia*, lo primero por lo segundo. Los padres de familia preconstitucionales fueron los ciudadanos constitucionales e individuos con derechos (40).

Para Cádiz, el *individuo que compone la Nación* era también previamente el *individuo padre de familia*, sólo que no necesitaba decirlo y que además quería dar por constituida a la nación frente a

---

(40) B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia*, p. 84, por la cita de un documento planteando el proceso constituyente de Cundinamarca, en la actual Colombia, a finales de 1810, cuando las Cortes de Cádiz ya estaban constituidas como representación de Nación según su propia concepción. He aquí la cita: « Como la unión es el resultado de individuos que se juntan en una familia, de familias que se han avecindado en un pueblo; de pueblos que forman una provincia y de provincias que componen un reino, la pluralidad, en cuanto mira a los negocios públicos, resulta de la mayoría de los padres de familia en un pueblo, de la de los pueblos en una provincia y de la de las provincias en un reino. Así como la pluralidad de los votos de un pueblo nace de la de los individuos padres de familia de su vecindario, así la pluralidad de los votos de una provincia consiste en la mayoría de los de sus pueblos, y la de un reino en la de los de sus provincias » (Daniel Gutiérrez Ardila, ed., *Las Asambleas Constituyentes de la Independencia. Actas de Cundinamarca y Antioquia, 1811-1812*, Bogotá, Corte Constitucional-Universidad Externado, 2010, pp. 41-42). Sobre la mayor apertura constituyente que permite la falta de figuración de nación propia, el mismo D. GUTIÉRREZ ARDILA, *Un Nuevo Reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada, 1808-1816*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.

planteamientos de federalismo constituyente. En Cádiz la nación podía darse en efecto más expeditivamente por concebida como cuerpo definido por monarquía y por religión. Nación era monárquica española, lo que la demarcaba, y católica romana, lo que la caracterizaba y así había de resultar más decisivo para su determinación. Que faltase la pieza de una Constitución Eclesiástica no es un impedimento para que opere. Cádiz está transida de iglesia por lo que dice y por lo que entiende. La Nación, igual que la monarquía, era ante todo religiosamente católica. En este contexto, la libertad constitucional, la de nación y la de individuo, podía presentarse como derivada de la libertad cristiana que la teología tradicional había predicado bajo otros supuestos y a otros efectos de los que aquí podemos hacer gracia (41).

El registro de las almas y de las personas era parroquial. El mismo empleo de la palabra *alma* estaba indicando que el censo de *la población* era el de la parroquia y que no se admitía que fuera otro. No es sólo que no existiera todavía un registro civil y que éste tardase en establecerse por la resistencia de la iglesia católica; era que para la Constitución de Cádiz no debía haberlo. En Cádiz, la parroquia es también la institución básica para el proceso electoral constitutivo de las instituciones municipales, provinciales y la par-

(41) J.M. PORTILLO, *El problema de la identidad entre monarquía y nación en la crisis hispana, 1808-1812*, en Izaskun Álvarez y Julio Sánchez Gómez (eds.), *Visiones y revisiones de la independencia americana. La Independencia de América: la Constitución de Cádiz y las Constituciones Iberoamericanas*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2005, pp. 53-69; *De la monarquía católica a la nación de los católicos*, en « Historia y Política. Ideas, procesos y movimientos sociales », 17, *El liberalismo español*, 2007, pp. 17-35, sin sintonizar evidentemente con el título del monográfico. Para el principal testimonio de entontes en relación a la propia Constitución de Cádiz, Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Principios Naturales de la moral, de la política y de la legislación*, que quedó inédito, publicándose al cabo de más de un siglo, Madrid, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1933; la edición de Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1993, lleva un estudio preliminar de J. VARELA que desubica la obra. Este autor contribuye a la conversión de autores españoles en *clásicos asturianos* al tiempo que enarbola a Cádiz, una Constitución transcontinental, como símbolo primigenio de constitucionalismo *español* contra nacionalismos como el vasco o el catalán, incluso contra los de formas no menos constitucionales: J. VARELA, *Reflexiones sobre un Bicentenario, 1812-2012*. Sobre la significación de Martínez Marina para el momento gaditano regresaré, aun sin detenerme aquí.

lamentaria que incorporan y hacen viva a la ciudadanía y, junto a la monarquía, a la Nación. Ésta se constituye por representación política de base parroquial, no por despliegue institucional de cúspide monárquica. En las iglesias se había jurado la Constitución tras un sermón que la exponía en la lengua del caso, no sólo en castellano, sino en catalán, vasco y gallego por la España europea y en náhuatl, quiché, quechua, guaraní u otras lenguas indígenas por América y otras colonias. Oralmente Cádiz fue plurinacional o, al menos, plurilingüe. La localización parroquial de la ciudadanía gaditana conllevaba que su espacio principal fuera la vecindad municipal, vecindad en su caso ajena a la matriz cultural de aquella Constitución o, dicho de otra forma, de una antropología distinta (42).

Con todo ello, el peso del edificio constitucional se cimentaba en las parroquias. Fuera de ellas, fuera de la religión que representaban, no había visos de contar con alma censable como tampoco posibilidad de tener persona ni, aún menos, de ser individuo. El individuo que compone la Nación española ha de ser alma integrante de una iglesia, la católica. Ésta se entendía competente para el derecho de personas, un derecho de estados históricamente creado

(42) Sobre la significación de que la Constitución necesitara jurarse religiosamente y así se hiciera, M. LORENTE, *El juramento constitucional*, en la misma y C. GARRIGA, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, pp. 73-118. Respecto a la importancia de la localización vecinal de la ciudadanía gaditana, con el cambio de fondo que al efecto se produjo en el mismo ámbito local y comarcal, se tiene bien detectaba desde Antonio ANNINO, *Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos, 1812-1821*, en el mismo (ed.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica. Siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 177-226, quien ha seguido incidiendo en el asunto. Ulteriormente, en sus términos generales, aparte la investigación de casos que, mejor o peor, progresa, M. CHUST, *La revolución municipal, 1810-1823*, en Juan Ortiz Escamilla y José Antonio Serrano (eds.), *Ayuntamientos y liberalismo gaditano en México*, Zamora-Xalapa, Colegio de Michoacán-Universidad Veracruzana, 2009, pp. 19-54, abunda sin avanzar en ubicación de historia ni análisis de derecho; y Tamar HERZOG, *Vecinos y extranjeros. Hacerse español en la edad moderna*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, sólo aporta en relación a Cádiz ignorancia del momento constitucional, como si su ciudadanía vecinal con inclusión indígena fuera mero efecto de inercia histórica. El mismo volumen *Ayuntamientos y liberalismo gaditano* testimonia avances de la investigación no excluyentes de los sectores indígenas a los que Cádiz alcanza y cuyo caso es clave para los alcances y los límites de la *revolución territorial* de base parroquial.

no sólo por jurisprudencia, sino también, con mayor peso incluso, por teología, derecho que limitaba ahora radicalmente el acceso a la condición de sujeto constitucional. El registro parroquial no es sino un indicador de la comprensión de una iglesia en la estructura constitucional (43).

Si hubo un modelo de base para la identificación de la ciudadanía gaditana, no digo para su representación, fue el de la feligresía católica con su vocación expansiva y su sujeción a orden familiar de signo patriarcal. Lo primero podía apreciarse especialmente por los territorios no europeos de cara a los pueblos indígenas, inclusive los numerosos que resistían independientes: « Las diputaciones de las provincias de ultramar velarán sobre la economía, órden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razon de sus operaciones en este ramo para que se eviten los abusos: todo lo que las diputaciones pondrán en noticia del Gobierno » (art. 335.10). Las misiones católicas, tras lo que se juzgara como *conversión* religiosa, habían de trasladar el control de la población afectada a instituciones constitucionales para que les sustituyeran las parroquias en cuyo seno el indígena padre de familia pudiera ser individuo que compone la Nación y así sujeto de derechos y ciudadano de carácter lo uno y lo otro corporativo. En el ínterin, bajo gobierno misionero, no había derechos ni garantías que valieran, de individuo ni de no individuo. Las misiones se encargarían de inculcar que la corporativización precisa para el acceso a derechos no se refería a pertenencia al

(43) Hay dimensiones descuidadas incluso por historiografía específica: Emilio LA PARRA, *El primer liberalismo español y la Iglesia. Las Cortes de Cádiz*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, 1985; B. CLAVERO, *Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución española de 1812*, en A. Romano (ed.), *Alle origini del costituzionalismo europeo*, Messina, Accademia Peloritana dei Pericolanti, 1991, pp. 11-56; J.M. PORTILLO, *La nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, Manduria, Laboratorio di Storia Costituzionale Antoine Barnave, 1998; Gregorio Alonso, *Ciudadanía católica y ciudadanía laica en la experiencia liberal*, en M. Pérez Ledesma (ed.), *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 165-192; María Teresa REGUEIRO, *Relaciones Iglesia-Estado. Afrancesados y doceañistas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012. Para la resistencia al registro civil, B. CLAVERO, *Código y registro civiles, 1791-1875*, en « Historia. Instituciones. Documentos », 14 (1987), pp. 85-102, pero tampoco advirtiendo todavía matices tan decisivos como el de ese alcance final de la posición gaditana.

propio pueblo, el indígena del caso, sino a incorporación a la Nación española. El destino expreso de las misiones coloniales era el de convertirse en parroquias constitucionales; el de los misioneros, hacerse tenientes de párrocos (44). Tales eran al menos las expectativas de Cádiz. En cuanto a las órdenes religiosas, para las previsiones del catolicismo gaditano, no tenían más encaje que ese colonial, supuestamente transitorio. Iglesia habría de ser sólo la secular (45).

No vamos ahora a extendernos a ultramar, como ya se advirtió, por lo que quedan fuera de consideración las dinámicas constitucionales generadas por la incorporación indígena a la ciudadanía en cuya virtud, no compartiéndose la misma antropología con cristianización y todo, la anterior a 1812 inclusive, no resultaron exactamente las previstas en Cádiz. Hago la indicación por precaver que la antropología aquí expuesta no se dé por extensiva a la América indígena ni a la afrodescendiente, como tampoco a todos los sectores metropolitanos comprendidos en la ciudadanía. También conviene dejar indicado que las previsiones gaditanas sobre la exclusión ciudadana de los afrodescencientes libres también se vería sobrepasada en América por una dinámica de asunción de ciudadanía por comunidades de tal condición con su antropología propia. Éste

---

(44) *Coleccion de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias*, Cádiz, Imprenta Nacional, 1813 (reprint del 175 Aniversario, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987), vol. IV, pp. 242-244 (rep. 1044-1046), Decreto CCCVI, de 13 de setiembre de 1813. *En que se mandan entregar y quedar á disposicion de los Ordinarios los lugares de Indios reducidos al cristianismo por los regulares en Ultramar*, « conforme á lo mandado en el párrafo 10, artículo 335 de la Constitución ».

(45) James M. Breedlove, *Las Cortes (1810-1822) y las reformas eclesiásticas en España y México*, en Nettie Lee Benson (ed.), *México y las Cortes Españolas, 1810-1822. Ocho ensayos* (1966), México, Instituto de Investigaciones Legislativas, 1985, pp. 123-144, ya puso de relieve que la reforma eclesiástica en la línea de supresión de órdenes religiosas cuando se hizo realmente notar fue en la segunda ocasión de vigencia de Cádiz, entre 1820 y 1823, pero, en todo caso, el modo como se condujo el desarrollo constitucional en otro momento, por el cambio habido de planteamientos, circunstancias y posibilidades, no debería utilizarse para interpretar la Constitución de 1812 cual suele hacerse, con instrumentos por ejemplo como el proyecto de código civil de 1821 o el código penal de 1822. Es igual que darle crédito a un frustrado constituyente gaditano que acabó rechazando la confesionalidad gaditana como si hubiese sido un error. Fue una opción constituyente de alcance mayor. En Cádiz se encerraba un proyecto de iglesia secular de gobierno episcopal sin la batería de las órdenes, salvo la excepción colonial, como Constitución Eclesiástica que nunca vio la luz ni como tal ni por otros medios.

último era en realidad un supuesto imprevisto para Cádiz, que sólo se refería a *libertos*, esclavos emancipados, y no a fugitivos de la esclavitud que habían formado comunidades propias o junto con indígenas (46).

Imprevisto también sería que hubiese multitud de religiones o equivalentes por América, en especial entre indígenas y afrodescendientes incluso cristianizados, por ser culturas abiertas a recepciones y aprovechamientos no excluyentes, por lo que resultaría tan fácil la identificación de almas censables y, aún menos, de ciudadanos funcionales a la Nación conforme a las previsiones de Cádiz. Pero son éstas las que aquí nos interesan. En la programación constitucional gaditana una religión y una iglesia, las católicas, contribuían a la construcción de los cimientos del edificio o de los pilares del sistema, como se prefiera decir. Hay sin embargo historiografía, comenzando por la especializadamente constitucional, beligerante contra evidencias incluso textuales a fin de rebajar el perfil de elementos depresivos de la calificación convencionalmente liberal de Cádiz o de anularlos sin más. Es sector de la actual antropología *whig* de la que trataremos al concluir (47).

---

(46) B. CLAVERO, *Hemisferios de ciudadanía*; *'Multitud de Ayuntamientos'*; *Nación y Naciones en Colombia*; también, junto a J.M. PORTILLO y M. LORENTE, *Pueblos, Nación, Constitución (en torno a 1812)*, Vitoria, Ikusager, 2004 (y, anotado, en M. Chust, ed., *Doceañismos, constituciones e independencias*, pp. 15-31); Ramón MÁIZ, *Soño de sombra: a idea da nación de 'ambos os dous hemisferios' e a 'hidra' do federalismo*, en el mismo y Ramón Villares (eds.), *Constitución Política da Monarquía española promulgada en Cádiz o 19 de marzo de 2012*, Santiago de Compostela, Consello da Cultura Galega, 2012, pp. 45-74. Entre otras oportunas puntualizaciones que podrían añadirse, Medófilo MEDINA, *En el Bicentenario: consideraciones en torno al paradigma de François-Xavier Guerra sobre las 'revoluciones hispánicas'*, en « Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura », 37-1, 2010, pp. 149-188, p. 176: « Si en diversos lugares de la América hispana los indígenas no acudieron entusiastas a los llamados de los patriotas a luchar contra los ejércitos realistas, esto no puede explicarse exclusivamente por el imperio en las mentes y los espíritus de un imaginario de Antiguo Régimen, sino por preocupaciones muy directas sobre la suerte que correrían las tierras de propiedad comunal o por motivos de la defensa de la comunidad entendida como referente cultural » y de control de territorios y recursos, podría recalcarse. Con referencia también a Cádiz, B. CLAVERO, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*, México DF, Siglo XXI, 2008.

(47) J. VARELA, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico. Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983

En cuanto importa a la antropología constitucional de Cádiz, las libertades del individuo, libertades efectivas con garantías normativas y judiciales, se tenían por participación en las libertades de la Nación como miembro de este cuerpo político que constitutivamente era tal sujeto, el individual. Individuales en el sentido actual no puede decirse que fuesen las libertades. El liberalismo que hoy se entiende brilla por su ausencia. Había ante todo libertad de la Nación, no del individuo. La primera constituía al segundo y no el segundo a la primera, nunca entonces mejor dicho lo de primera y segundo. Sujetos de carácter individual por derecho propio no los hay. El derecho, tanto el de libertad como el de ordenamiento, el subjetivo como el objetivo digamos para entendernos, es colectivo, más en rigor corporativo. Individuo coincide con persona en portar derechos de grupo, en su caso de Nación. En la historia constitucional española, esta configuración individual y no individualista del sujeto es algo peculiar de aquel arranque gaditano. Un hilo de dependencia nacional de los derechos del individuo, que menos como tal suele advertirse, se producirá luego de otro modo, sin efectos constitutivos sobre el sujeto (48).

(edición de Bicentenario, 2011, con título de ocasión: *La Teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*). Con todas las páginas que se le vienen dedicando, bastante más de las citadas, falta estudio de *la Teoría de la Iglesia* en Cádiz. Siguiéndole, Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 111, nota 71, entiende que el registro gaditano de confesionalidad es mera constatación de hecho equiparable a la que se habría producido si Cádiz hubiese consignado la unidad lingüística. De hecho, el castellano no era lengua franca de la ciudadanía gaditana ni siquiera en la España europea, ya no digamos por América. Del mismo modo, tanto Varela como Fernández Sarasola deciden que el historicismo gaditano, historicismo que importa no sólo a la constitucionalización de una iglesia, sino también a la continuidad de un derecho de personas y estados, fue mera táctica de engaño a los parlamentarios no liberales. Ambos se entrometen en aquel debate constituyente como si, por mirar desde el presente, supiesen más que sus propios protagonistas.

(48) Hay quien confiere en cambio un peso ulterior, prácticamente hasta hoy, a lo que toma por anti-individualismo gaditano, tan sin sentido para entonces como el individualismo, y también como si la dependencia del individuo respecto a la nación y la diversidad de sus formas en la historia fueran datos sin mayor relevancia: J. ÁLVAREZ JUNCO, *Todo por el pueblo. El déficit del individualismo en la cultura política española*, en « Claves de Razón Práctica », 143, 2004, pp. 4-8. Es en todo caso excepción a la dominante celebración de Cádiz como madre de un liberalismo de sujeto individual en

Tal constitución del individuo por la Nación en un contexto de derecho de personas y de estados constituye no sólo el escenario, sino también el horizonte de Cádiz. Contenía posibilidades de modulación de estados de personas y de ampliación entre hombres de la condición de individuo, pero no de evolución hacia la liberalización de los derechos y, aún menos, de universalización del sujeto ni siquiera dentro de la ciudadanía de Estado. Desde sus presupuestos, ni siquiera se podía concebir el individuo por sí mismo, sin dependencia corporativa, como sujeto de libertades. Todo el resto de derechos e instituciones del constitucionalismo gaditano no podía escapar a tales premisas. Según los sujetos, así los predicados, comenzándose por una ciudadanía corporativa de sujeto individual para la construcción de la Nación en base a la representación parroquial. Y así a todo lo largo del espectro institucional (49).

¿Qué hacer, antes, durante y después del Bicentenario, con la historiografía usual que parte en cambio de la identidad de fondo entre aquel ayer y nuestro hoy comenzando por la identificación entre derechos constitucionales y derechos individuales? Cada quien

---

la que el propio autor a continuación participara. Para contraste de la emergencia constitucional del individuo exento en el XIX español, aun entre lastres de estados y no sólo de nación, C. SERVÁN, *Laboratorio Constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. El propio autor de *El déficit del individualismo* estudió en tiempos una veta importante de la concepción del individuo sin dependencia corporativa en la España del XIX: J. ÁLVAREZ JUNCO, *La ideología política del anarquismo español, 1868-1910*, Madrid, Siglo XXI, 1976.

(49) Para la resistencia de la visión contraria de individuo ciudadano sin determinación corporativa desde Cádiz y sin más exclusión constitucionalmente relevante en Cádiz que la esclavitud, mediante el método usual de concederse crédito descontextualizado a posiciones políticas particulares por encima del testimonio de la Constitución misma, M. PÉREZ LEDESMA, *El lenguaje de la ciudadanía en la España contemporánea*, en « Historia Contemporánea », 28, *Pueblo, ciudadanía y otros conceptos políticos*, 2004, pp. 237-266. Lo primero, la capacidad notable de resistencia del imaginario gaditano, puede explicarse por lo segundo, por la deficiencia radical de la metodología especialmente tratándose de materia constitucional, como si las Constituciones dijeran lo que pretenden los más vociferantes de sus aparentes artífices, interpretados éstos además según las concepciones del tiempo de la historiografía, no de la historia. Y esto aparte de los problemas que presentan las fuentes parlamentarias de las Cortes y la Constitución de Cádiz, a lo que luego me referiré.

diga, pues no es cosa tan sólo de la academia ni muchísimo menos. A la ciudadanía le alcanza (50).

6. *Hoy: desencuentro constitucional antes que historiográfico, y antropológico antes que constitucional.*

Con todo lo visto no descubro nada. Dicho mejor, el descubrimiento, si lo hay, no es mío individualmente, sino de un colectivo de investigación al que pertenezco, el grupo HICOES, *Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España y América*, la historia cultural y la más radicalmente cultural, la que podemos decir antropológica, por delante de la institucional. Ha llegado un momento en el que nos resulta arduo en el grupo distinguir quién tuvo en primer lugar una ocurrencia que luego, colectivamente, vamos contrastando y aquilatando. Ocurrencia al fin y al cabo es la de pensar en la posibilidad de constitucionalismos que no responden a lo que hoy se tiene por esencial y definitorio del sistema constitucional, cosas éstas como el reconocimiento de derechos individuales, no corporativos, y la separación de poderes, no de potestades (51). A

---

(50) Tras la conferencia referida de inauguración de las XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de las Relaciones Laborales, habiendo bajado del estrado y en ambiente de fin de fiesta, pues concluía con este evento el Bicentenario en Cádiz, una asistente gaditana no académica me interrogaba: « ¿Cómo nos han podido estar bombardeando todo el año con las maravillas de la Constitución de Cádiz si era tan machista, tan racista y tan patronalista? ». Me faltaron reflejos para responder con los conocidos versos de una copla sobre el sitio napoleónico a la ciudad constitucional: « Con las bombas que tiran los fanfarrones / se hacen las gaditanas tirabuzones ». Hubo más preguntas. « En derecho del trabajo, ¿estamos regresando a los planteamientos de la Constitución de Cádiz que nos acabas de explicar?2. Aunque esto sea imposible, dada la diferencia insalvable entre culturas jurídicas y sociales de entonces y de ahora, tiene sentido el interrogante por la justa preocupación que refleja. Es el contexto donde puede comprenderse el trabajo de Luis Garrido y Encarnación Moral, *El problema del paro en Andalucía desde la Constitución de Cádiz hasta 2010. El caso de la provincia de Jaén*, en M.A. Chamocho y J. Lozano (eds.), *Sobre un hito jurídico: la Constitución de Cádiz*, pp. 755-798.

(51) De no ser en casos de actuación expresa de HICOES como grupo (ej., C. Garriga, ed., *Historia y Constitución*), no es habitual que se haga referencia al mismo por escrito junto a las citas de obras de sus miembros, pero véase Hirotaka Tateishi, *La* Constitución de Cádiz de 1812 *y los conceptos de Nación/Ciudadano*, en « Mediterranea World », 19, 2008, pp. 79-98; p. 84: « Clavero y sus colegas (grupo de investigación

la historiografía constitucional convencional le pierde la presunción de continuidad. Incluso cuando hay propósito resuelto de historizar conceptos, se tiende a detectar tan sólo variables, por significativas que se quieran, sobre un fondo impasible por encima del transcurso culturalmente más discontinuo de la historia (52).

Es lo característico de la historia constitucional hecha por

Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España) cuestionan la modernidad misma de la Constitución de Cádiz ». Hirotaka Tateishi, para caracterizar la posición de HICOES, registra como contrapunto de una cita de Marta Lorente (« Cádiz bien puede representar el momento final de un mundo plural y descentralizado, atento al control de los hombres y desentendido de la aplicación de las leyes, unitario en lo simbólico y componedor corporativo en lo efectivo ») otra realmente en las antípodas: « Posiblemente puede decirse que España nunca logró repetir la modernidad constitucional de 1812 hasta 1978 », esto es el año de la Constitución española en vigor (Asdrúbal Aguiar, ed., *La constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-Agencia Española de Cooperación Internacional, 2004, cita perteneciente al prefacio sin paginar de Manuel Viturro, embajador de España en Venezuela); ahora, Joaquín VARELA, *Las Constituciones de 1812 y 1978 (Ruptura y continuidad)*, en « El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho », 33, 2013, pp. 68-73. Para un escrito de propaganda de escuela que, con referencia a Cádiz, opta por silenciar la labor del grupo HICOES, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La historiografía constitucional: Método e historiografía a la luz de un bicentenario hispánico*, en « Forum Historiae Iuris », 2009, revista en línea.

(52) Salvo contados momentos en lo que cuanto interesa a los cambios semánticos del periodo gaditano por parte de miembros de HICOES y con la salvedad relativa de la utilidad problemática de este tipo de instrumentos cuando se prima el perfil del uso general sobre el especializado, compruébese la proclividad al anacronismo que transpira Javier Fernández Sebastián y Juan Francisco Fuentes (ed.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, Alianza, 2002. Ni siquiera se incluyen categorías tan básicas y que tanto cambian de sentido a lo largo del ochocientos español como, sin ir más lejos, *individuo* y *persona*. La voz *Individualismo* (pp. 371-379), debida a uno de los editores, J. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, quien se ha especializado en *historia de conceptos* o más concretamente en lo que llama *iberconceptos* como objeto definitorio de una *historia conceptual comparada del mundo iberoamericano*, no sólo no se cuestiona el concepto jurídico del término raíz, *individuo*, sino que incluso da por sentada nada menos que desde el siglo XVIII "una idea de individuo que constituye la base de la política moderna y se asocia a la lucha del liberalismo por la universalización de ciertos derechos y libertades considerados intangibles", la idea del individuo "como sujeto de derechos y átomo social" (p. 372). No olvidemos que se trata de un diccionario *español*, aparte de que dicha representación sea puramente imaginaria. No opera en ninguno de los primeros constitucionalismos, ni en Gran Bretaña ni en Estados Unidos ni en Francia. La ilustración más expresiva que conozco es americana: Barbara YOUNG WELKE, *Law and*

constitucionalistas con sentimiento de satisfacción hacia el constitucionalismo casero de hoy y sin sensibilidad alguna para las culturas diversas de ayer ni de ahora (53). Hay historiografía que cree en ese fin de la historia, en una culminación rampante de la historia constitucional, tanto que lo traslada a los inicios dejando sin historia al constitucionalismo. Es historia que cancela historia (54). Tanta es la infatuación que hay quienes nos acusan a HICOES de estar desautorizando las virtudes actuales del sistema constitucional por entender de nuestra parte que no tienen ninguna necesidad de proyectarse sobre el pasado para legitimarse en el presente (55); en definitiva, por intentar hacer historia y no ideología, pues ideología

---

the Borders of Belonging in the Long Nineteenth Century United States, New York, Cambridge University Press, 2010.

(53) Se tiene muestra también en relación a Cádiz. Se encuentran en internet las actas del X Congreso de la Asociación de Constitucionalistas Españoles (26-27, enero 2012) dedicado expresivamente a *Las huellas de la Constitución de Cádiz*, no de entrada a ella misma, como si fuera un tributo obligado de parte de un constitucionalismo que se sitúa en las antípodas con conciencia de que hay distancia, pero no, en absoluto, de su medida efectiva. De las ponencias encargadas a especialistas, resultó ilustrativo el contraste radical entre dos de ellas: J. Varela, *La Constitución de Cádiz en su contexto español y europeo*, y M. Lorente, *Tradición e innovación en la Constitución de Cádiz*.

(54) Para contraste de actualidad en el contexto de un volumen que, arrancando con el *Cádiz entre Constituciones* de José María Portillo, puede ayudar a la rehistorización desde aquel mismo arranque gaditano, B. Clavero, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, en A. Luna, P. Mijangos y R. Rojas (eds.), *De Cádiz al siglo XXI*, pp. 421-453. Los nombres de los editores están indicando que la empresa no ha sido de HICOES, sino de CIDE (Centro de Investigación y Docencia Económicas, México), con el que HICOES ya ha colaborado en otra ocasión (C. Garriga, ed., *Historia y Constitución*).

(55) La acusación ha llegado a plantearse sin ironía ninguna en términos de *talibanismo* intelectual con el que no se puede ni pensar en dialogar: I. Fernández Sarasola, *Reflexiones metodológicas y sustantivas en torno a los partidos políticos*, p. 708, en QF 39 (2010), pp. 707-725, que es réplica a la recensión de Sebastián Martín a su *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la Ilustración a nuestros días*, Madrid, Marcial Pons, 2009. Ofrece la última monografía de visión anacrónica, comenzándose por la celebración de los derechos individuales en el constitucionalismo gaditano, el mismo I. Fernández Sarasola, *La Constitución de Cádiz*. Respecto a la base de la imputación, obsérvese el giro de unas citas, cuya pertenencia se registra en una próxima nota: « Pocos discuten [...] que la manera *liberal* de ver el mundo pone el énfasis en la *libertad* individual », « en el plano institucional el liberalismo viene a confundirse con el constitucionalismo », pudiéndose entonces asumir, pues las afirmaciones se refieren a la historia con aplicación inmediata a Cádiz, que, si tal cosa se pone en discusión respecto

y no historiografía es la invención especular de tradición, esta proyección de tiempo propio sobre tiempo ajeno (56).

La necesidad de proyectarse no dice nada bueno no sólo sobre la historia que se hace y ofrece, pero tampoco sobre el constitucionalismo que se asume y defiende. Difícilmente se abre horizonte al futuro si no se tiene apertura de miras hacia el pasado, lo que es desde luego más factible. Bloquear vistas hacia atrás las oscurece hacia adelante y viceversa. Si algo muestra la historia, es la contingencia, como del pasado, del presente, también de su constitucionalismo. El presente no tiene ni debe tener privilegio alguno sobre el tiempo; aún menos, si es un presente incompleto y sesgado (57).

La historiografía constitucional de constitucionalistas no se

---

al *liberalismo* gaditano, es que también se cuestiona respecto al constitucionalismo sin más.

(56) A la contra, en un curso impartido por HICOES en México, por invitación del Instituto Mora, el Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora (C. Garriga, ed., *Historia y Constitución*), Roberto Breña, el autor de *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824. Una revisión historiográfica*, México DF, Colegio de México, 2006, y editor de *En el umbral de las revoluciones hispánicas. El bienio 1808-1810*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, impugnó frontalmente durante el coloquio mi lección, que había versado sobre la pluriculturalidad de las primeras ciudadanías mexicanas, la gaditana y la que guarda continuidad tras la independencia, con el argumento de que referirse a pueblos indígenas para entonces a efectos constitucionales es proyección ideológica de posiciones *indigenistas* actuales y nada más. La simple ceguera en su obra respecto a esta agencia humana en la historia, ¿qué prueba aparte de los propios prejuicios? La interrogante no interesaría si el caso fuera personal y no caracterizara a toda una historiografía, con afortunadas e importantes excepciones en el mismo caso mexicano: M. León-Portilla y A. Mayer (eds.), *Los Indígenas en la Independencia y en la Revolución Mexicana*, con más de un capítulo interesando a Cádiz. En el curso de HICOES del Instituto Mora participaron, además del editor y de quien suscribe, Marta Lorente, Paz Alonso, José María Portillo, Carmen Muñoz de Bustillo, Fernando Martínez, Margarita Gómez y Alejandro Agüero, sumándose Jesús Vallejo con las *Paradojas del sujeto* en el volumen.

(57) Respecto a la separación de poderes inexistente en Cádiz, comenzando por la misma concepción problemática de las funciones constitucionales como *poderes*, y también sobre la forma como se configura en otros casos, lo que aquí me excusa de excursiones de derecho comparado, B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007; para la superación incipiente actual del concepto de poderes como insignia del constitucionalismo flanqueando a los derechos, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*.

halla sola ni mucho menos en su lectura anacrónica del texto gaditano. Aquella que podemos llamar general, la ciencia de la historia si prefiere decírsele, no sólo la flanquea, sino que también le imprime certeza en falso con su inteligencia primaria de categorías básicas de Cádiz conforme, cómo no, a sentidos actuales. Hay un síndrome en común, el de resistencia al cuestionamiento de categorías establecidas situándolas así, si no sobre toda la historia, sobre aquella que de algún modo llega al presente y le interesa, proyectándolas con esto igualmente sin cuestionamiento hacia el futuro. No diré que se trata de una posición conservadora pues pasa por progresista al centrarse en libertades para Cádiz como para hoy. En cualquier caso, ¿hay algo que incapacite más para la tarea de la historiografía?

Valga algún botón de muestra. Si Cádiz reconoce, en su artículo cuarto como hemos visto, « la libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legítimos de todos los individuos que la componen », que componen la Nación, lo que se entiende es que está sintetizando una declaración de derechos en beneficio de todos los individuos y que, si se añaden restricciones y suspensiones, esto sólo atañe a los derechos políticos de la ciudadanía, algo que se presume distinto. Los decretos de las Cortes de Cádiz que venían tratando de derechos estarían ya desglosando esa declaración (58). Sin embargo,

---

(58) Mónica QUIJADA, *Una Constitución singular. La carta gaditana en perspectiva comparada*, en « Revista de Indias », 242, *Liberalismo y doceañismo en el mundo iberoamericano*, 2008, pp. 15-38; p. 21: « Según el artículo 4, la nación se componía de individuos titulares de derechos: los de libertad civil, propiedad y otros, que la carta no detalla (en este sentido es la más parca de las constituciones revolucionarias) pero que quedaban incluidos en la expresión [...] *y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen*. No era una expresión manejada en abstracto, ya que desde hacía tres años se venía llenando de contenido mediante numerosos decretos promulgados en Cádiz; decretos que afectaban, entre otros, a la población indígena de América. Se trata, en realidad, del programa de derechos humanos y civiles que todas las Constituciones de la época garantizaban al colectivo que era depositario de la soberanía, fuera la nación o el pueblo. Pero si estos derechos eran comunes a toda la nación, la Carta gaditana definía también otro conjunto de derechos — los políticos — cuyo ejercicio se restringía al sector de la población agrupado bajo el rótulo de ciudadanos ». Sólo la peregrina referencia a indígenas y el supuesto dato de los tres años de numerosos decretos antes de la Constitución son deslices en relación a la lectura predominante. Mónica Quijada ha publicado más estudios sobre categorías del momento gaditano y

ellas mismas distaban de reconocerlos y configurarlos como constitucionales; en otro caso, se hubieron subsumido de algún modo en la propia Constitución (59). La materia constitucional parece que se presta a ser tratada con ligereza en manos de la historiografía. No otra cosa ocurre con el juego clave de inclusiones y exclusiones en la adjudicación, el ejercicio y la garantía de derechos (60).

---

sobre la propia Constitución. Su trabajo actualmente se desarrolla en el seno de un proyecto de investigación dirigido por ella, *Ciencia y política frente a las poblaciones humanas. Europa y América, siglos XIX y XX*, con participación no sólo de historiografía, sino también de antropología.

(59) Celebrando el Bicentenario, R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Labor de las Cortes de Cádiz en pro de la libertad y la igualdad*, en P. García Trobat y la misma R. Sánchez Ferriz (eds.), *El legado de las Cortes de Cádiz*, pp. 191-227, realiza un repaso de decretos de las Cortes fuera de contexto y hasta de texto, como si los mismos se sobreordenaran a Constitución y sus títulos simplificados a los propios contenidos, para concluir que, con dichos objetivos de libertad e igualdad, Cádiz estableció el Estado Liberal con las debidas mayúsculas. No es una ocurrencia aislada: Asunción DE LA IGLESIA, *La revolución constitucional en Cádiz a través de los decretos de Cortes*, en « Revista de Derecho Político », 83, *La Constitución Española de 1812*, vol. 2, 2012, pp. 239-264. Al instrumento de José CHOFRE SIRVENT, *Codificación de las normas aprobadas por las Cortes, 1810, 1991*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, 1991, le resta utilidad el sólito anacronismos de las categorías de catalogación, incluyendo la de *Derechos y libertades* sin cuestión de sujeto.

(60) M. PÉREZ LEDESMA, *El lenguaje de la ciudadanía en la España contemporánea*, p. 248, rechaza la relevancia que le concedo, por lo que transpira de racismo, a los impedimentos interpuestos por la Constitución de Cádiz frente al acceso de afrodescendientes a la ciudadanía con el argumento de que se les permitía « siempre que cubrieran algunas exigencias muy similares a las establecidas para los extranjeros », a lo que cabe replicar que, como hemos visto, los libertos eran para Cádiz españoles sin necesidad de recibir carta de naturaleza previa a la de ciudadanía, careciendo por tanto de sentido su comparación con el caso de los extranjeros. Y un asunto como este del racismo subyacente en aquella configuración constitucional de la ciudadanía española se despacha sintomáticamente de forma sumaria en nota. Es pura historia *whig*, como veremos. Trabajo con tales ligerezas en materia constitucional idealizando la historia de la ciudadanía nacional forma parte de un proyecto de investigación dirigido por el autor sobre *La construcción de la ciudadanía en la España contemporánea. De súbditos de la Corona a ciudadanos europeos*, cuyo principal resultado ya está publicado: M. Pérez Ledesma (ed.), *De súbditos a ciudadanos* (reproduciendo, pp. 445-482, *El lenguaje de la ciudadanía en la España contemporánea*). Entre historiografía anacrónica y constitucionalismo retroproyector, el ejemplo del afrodescendiente, esclavo o liberto, podría replicarse respecto a cada una de las categorías excluyentes o suspensivas que hemos visto, aunque para el caso de Cádiz, por los extremos a los que ha llegado la idealización, tanto la una como el otro, la historia y el derecho, lo que prefieren habitualmente es un

Existe la variante, que predomina en medios más jurídicos, de que el artículo cuarto como se integra y desarrolla es con las garantías registradas en la parte judicial de la Constitución, las cuales así igualmente se entienden por la historiografía constitucional como referentes a derechos individuales (61). Aunque sin habérselas de frente con el asunto del sujeto constitucional, también suele ampliarse su radio por la vía de entender que opera en Cádiz la distinción entre, de una parte, derechos civiles, « la libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legítimos » reconocidos a los individuos por el artículo cuarto, cuyos sujetos serían todos los españoles, como si todos compusieran la Nación, y, de otra parte, los derechos políticos reservados en cambio a en exclusiva a los ciudadanos (62). Mas ya sabemos que no hay base en aquella Constitución para tal distinción

---

pasar discreto, de puntillas o en silencio, por dicho terreno minado de personas y de estados o de carencia de persona y estado.

(61) Manuel SEGURA, *Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812*, en Francisco Puy Muñoz (ed.), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp. 15-44; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Razón jurídica y libertades en la Constitución de Cádiz de 1812*, en Lorenzo Peña y Txetxu Ausín (eds), *Memoria de 1808. Las bases axiológico-jurídicas del Constitucionalismo Español*, Madrid, Plaza y Valdés, 2009, pp. 155-176; sirviendo ambos volúmenes por entero como ilustración, en momentos al absurdo, de posiciones bastante comunes.

(62) M. PÉREZ LEDESMA, *El lenguaje de la ciudadanía en la España contemporánea*, misma p. 248, aplicando la diferenciación entre nacionalidad y ciudadanía que ya sabemos inexistente en Cádiz: « Por un lado estaban los españoles, dotados de los derechos civiles (la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que componen la nación, según el artículo 4 de la Constitución); por otro, los ciudadanos, que contaban además con los derechos políticos. Varios oradores gaditanos se esforzaron por marcar con toda claridad la diferencia », siento cierto esto último, aunque no de forma tan nítida ni que se trasladase a la Constitución. En el caso de Cádiz ocurre que el debate público, inclusive el parlamentario, no fue muy relevante para las decisiones constituyentes y de que, encima, las actas transmitidas de las sesiones de Cortes tampoco resultan muy fidedignas. A estas alturas, con Bicentenario y todo, falta todavía estudio cumplido sobre cómo funcionó el foro gaditano de opinión y de parlamento a un propósito constituyente que se había en realidad acometido con anterioridad en Sevilla (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812*). Para la prosecución en sede parlamentaria se tiene la guía de María Luisa ALGUACIL, *Proyecto y texto definitivo de la Constitución de 1812. Discurso preliminar. Facsímiles de la primera y última página de firmas de la Constitución*, en « Revista de las Cortes Generales », 10, 1987, pp. 149-385. Del material parlamentario se tiene ahora edición revisada: F.

entre derechos constitucionales o ni siquiera para distinguir entre individuo nacional y ciudadano constitucional. Hay trabajos específicos sobre el lenguaje de Cádiz, pero, si algo se le ha resistido, es la historización o, mejor dicho, permítaseme la palabrota, antropologización de la categoría de individuo en el curso de la cultura constitucional. En el artículo cuarto gaditano, si lo que se dice es individuos, la lectura de que significa todos y hasta todas sin más parece automática (63).

Los problemas de sobra ya sabemos que eran bien de fondo, pues afectaban al sujeto mismo, el individuo, el presunto titular, por sí, de los presuntos derechos de libertad. El problema es en suma de antropología, de diversidad entre antropologías. Si individuo significaba otra cosa, libertad también. Había derechos de individuo sin que hubiera derechos individuales. Había derechos constitucionales, pero no había derechos que pudiéramos decir fundamentales; no había derechos que se erigieran en premisa del ordenamiento preordenándose a estados y a corporaciones, fuese también la Nación (64).

Martínez Pérez (ed.), *Constitución en Cortes. El debate constituyente, 1811-1812*, Madrid, Universidad Autónoma, 2011, con introducción igualmente crítica sobre fuentes.

(63) Recuérdense estudios como el de María Cruz SEOANE, *El primer lenguaje constitucional español. Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Moneda y Crédito, 1968, y el de María Teresa GARCÍA GODOY, *Las Cortes de Cádiz y América. El primer vocabulario liberal español y mejicano, 1810-1814*, Sevilla, Diputación de Sevilla, 1998. Noemí Goldman (ed.), *Lenguaje y revolución. Conceptos políticos claves en el Río de la Plata, 1780-1850*, Buenos Aires, Prometeo, 2008, dedican capítulo a *Ciudadano/Vecino*, *Constitución*, *Derechos/Derecho*, *Liberal/Liberalismo*, *Nación*, *Opinión Pública*, *Patria*, *Pueblo/Pueblos*, *República*, *Revolución* y *Unidad/Federación*, sin comparecencia del individuo como tal. Hay una antropología política que se ha planteado la cuestión respecto a la cultura europea, pero sin penetrar especialmente en su vertiente constitucional ni dejar espacio a ningún efecto para individuismos corporativos como el de Cádiz: Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Du Seuil, 1983, con reediciones y traducciones. La fórmula citada, « La Modernidad es ante todo la *invención* del individuo », especificando que lo es del individuo como « sujeto normativo de las instituciones », se la acredita F.X. Guerra justamente a Louis Dumont. Hay también una antropología del cuerpo humano como sujeto de cultura y no sólo objeto de naturaleza, pero tampoco resulta útil a nuestros concretos efectos de surgimiento histórico del individuo en el campo del derecho: David LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, París, PUF, 1990, también reediciones y traducciones.

(64) Lo pone en evidencia respecto al supuesto relevante de la libertad de expresión que suele exaltarse vinculándosele a la abolición de la Inquisición cuando se

En dirección contraria, a contramano de evidencias literales, de signos ofrecidos por el texto constitucional mismo, se sigue reforzando la imagen idealizada, por decirle poco, de aquel constitucionalismo histórico, el gaditano (65). Y recuérdese siempre que no

---

trató en realidad de una reforma que mantuvo la censura eclesiástica, F. MARTÍNEZ PÉREZ, *Juntas de censura y jurado. La aplicación peninsular de la normativa de libertad política de imprenta, 1810-1823*, en Elisabel Larriba y Fernando Durán (eds.), *El nacimiento de la libertad de imprenta. Antecedentes, promulgación y consecuencias del decreto del 10 de noviembre de 1810*, Madrid, Silex, 2013, pp. 325-343. En el texto constitucional resulta sintomático que la libertad de expresión comparezca como resulta de una educación nacionalizadora (título IX citado) y no como premisa de derecho no condicionado en cuanto tal: Marcos CORREA, *La ilusión identitaria. La educación como construcción del ciudadano*, en A. Ramos (ed.), *La ilusión constitucional: Patria, Pueblo, Nación. De la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad, 1750-1850*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2004, pp. 173-190; P. GARCÍA TROBAT, *Constitución de 1812 y educación política*, Madrid, Congreso de los Diputados (Colección "Bicentenario de la Constitución de Cádiz", 1), 2010. Contrástese Antonio RIVERA, *El concepto de libertad en la época de las Cortes de Cádiz*, en M. Chust e Ivana Frasquet (eds.), *La trascendencia del liberalismo doceañista en España y en América*, Valencia, Generalitat Valenciana, 2004, pp. 93-113. Añádase el mensaje que transmiten títulos como el de A. Ramos y A. Romero (eds.), *1808-1812: Los emblemas de la libertad*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2009, uno de cuyos contribuyentes tiene más que decir (Carlos REYERO, *Alegoría, nación y libertad. El Olimpo constitucional de 1812*, Madrid, Siglo XXI, 2010), el de J. Fernández Sebastián (ed.), *La aurora de la libertad. Los primeros liberalismos en el mundo iberoamericano*, Madrid, Marcial Pons, 2012, o también el ya citado de A. Ramos y A. Romero (eds.), *Liberty, liberté, libertad*.

(65) La imagen profundamente anacrónica de Cádiz no es sólo casera: Jaime E. Rodríguez O. (ed.), *The Divine Charter: Constitutionism and Liberalism in Nineteenth-Century Mexico*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2005, siendo aquí Cádiz, por radicalmente *liberal*, la *divine charter* por antonomasia; Matthew C. MIROW, *Visions of Cadiz: The Constitution of 1812 in historical and constitutional thought*, en « Studies in Law, Politics, and Society », 53, *Making Sense of the Past: When History meets Law*, 2010, pp. 59-88, como la ocasión perdida de un constitucionalismo de derechos para América Latina. Horst DIPPEL, *Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita*, en « Historia Constitucional », 6, 2005, pp. 181-200, por tal historia pendiente la resultante de la proyección del anacronismo a escala universal por virtud de un constitucionalismo de matriz europea que predicaría derechos individuales y hasta *derechos humanos* desde sus inicios, Cádiz por supuesto incluida. El autor dirige un proyecto de investigación sobre primer *constitucionalismo moderno* según lo entiende (*Modern Constitutionalism and its Sources. The Rise of Modern Constitutionalism, 1776-1849*), con el que HICOES comenzó a cooperar, pero la colaboración tuvimos que cancelarla ante su incapacidad para el diálogo respecto incluso a cuestiones primarias sobre selección y edición de fuentes, sobre identificación de textos de valor constitu-

todo queda por escrito, como no todo es lectura. La celebración del Bicentenario ha concitado concurrencias de especialistas y no especialistas predicando de la Constitución de Cádiz oralmente, regalando el oído, virtudes *liberales* y de todo tipo (66).

Hay gentes que actúan como si la historia pudiese dictar lecciones al presente; Cádiz, al constitucionalismo. He dicho historia y debiera decir historiografía, lo que, para esas gentes, significa ellas mismas. Actúan como si investigasen en un laboratorio de humanidad viva, confundiéndola toda con la suya. Al final, el problema no es tanto de servilismo historiográfico y supremacismo constitucional como de insensibilidad antropológica, lo que incapacita a la investigación social y predomina en ella.

7. *Epílogo sobre una incompatibilidad en relación a Cádiz: entre el jurisdiccionalismo* hicoeño *y la historiografía whig.*

Hay más todavía, como bien nos consta. En en un sistema persistentemente jurisdiccionalista no sólo normas no constitucionales como unos decretos de Cortes mal podían tener alcance constituyente como para integrar Constitución, sino que la Consti-

---

cional por España y por Latinoamérica en sus versiones originales. Su respuesta fue la de apropiarse, sin reconocimiento, de nuestro trabajo para su proyecto, especialmente del realizado por Carmen Muñoz de Bustillo sobre la Constitución de Bayona, la napoleónica española. En primera instancia, de la Universidad de California me comunicaron que no se decidían a publicar una propuesta mía por un informe muy negativo de Jaime Rodríguez: B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, en las antípodas de su *Divine Charter*.

(66) Baste consignar el caso nada singular de John Elliott, especialista en el siglo XVII, quien ha participado por ejemplo en actos del Instituto Cervantes (Londres, 9, marzo, 2012) y de la Fundación FAES, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales vinculada al Partido Popular (Navacerrada, 4, julio, 2012), hablando de Cádiz como la Constitución que abrió un espacio común de diálogo entre dos hemisferios sobre bases, por supuesto, *liberales*, conforme a principios confluyentes con lo mejor de las revoluciones americana y francesa. El problema radica desde luego en la práctica habitual de invitaciones con fondos públicos (el Instituto Cervantes es gubernamental; FAES es fundación privada, pero que se sostiene mediante subvenciones públicas) a gentes con nombre y sin conocimiento acreditado sobre la materia en cuestión, mas también en la irresponsabilidad profesional y ciudadana de estar a disposición.

tución misma resultaba problemático que alcanzara valor supremo a efectos normativos. Mediaba un jurisdiccionalismo que habría de traer causa no sólo ahora de ordenamiento estrictamente constitucional, sino también de derecho establecido e incluso de religión constitucionalizada. Cádiz ya sabemos que era Constitución solamente *política*, no eclesiástica ni *jurídica* en el sentido esto segundo de que no abarcaba o ni siquiera fundamentaba la integridad del ordenamiento ni hacía el intento.

Desde la idea más constituyente de Constitución, aquella conforme a la cual una nación soberana ejerce un derecho colectivo de determinación autónoma, no hay modo de entender un constitucionalismo como el gaditano. Hoy que dicha idea se encuentra en franca recesión, en un contexto constitucional de potenciación de la justicia como garante de libertades por encima de los poderes y en el supraestatal de reconocimiento cumplido y de garantías menos cumplidas de derechos, puede que se creen condiciones más favorables para percibir la existencia de sistemas jurisdiccionalistas en la historia. Lo de menos cumplido de las garantías lo digo pensando en un aspecto tan importante como el de la justicia penal porque el derecho penal internacional sigue lastrado por unos comienzos que no se plantearon en términos de defensa de derechos (67).

Hoy estamos en transición hacia un neojurisdiccionalismo de derechos de libertad correctivo del constitucionalismo de poderes de institución sin superposición de otro orden que el constitucional mismo, sin la concurrencia de religión ni de derecho previo. Poderes

---

(67) Sé que no es lo que suele subrayarse, pero es conclusión no sólo obtenida mediante el estudio, sino también acentuada por la experiencia como miembro de un organismo de derechos de Naciones Unidas: B. CLAVERO, *Genocide or ethnocide: How to make, unmake, and remake law with words*, Milán, Giuffrè, 2008; *Delito de Genocidio y Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, en Alejandro Parellada y María de Lourdes Beldi de Alcántara (eds.), *Los* Aché *del* Paraguay . *D*iscusión *de un* Genocidio, Copenhague, IWGIA, 2008; *Estudio sobre derecho penal internacional y defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas*, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2011, E/C.19/2011/4, documento sexto, que se tiene en línea: un-documents.net/unpfii10docs-es.pdf. Para otros escritos de esta fase que también pueden interesar a la ubicación de un constitucionalismo entre España y América, B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011.

los constitucionales lo son cada vez menos salvo que sigan cultivando su tendencia a entenderse capacitados para obrar al margen del ordenamiento (68). Viniendo el neojurisdiccionalismo a garantizar en particular los derechos de los individuos y de los grupos no dominantes, en los casos en los que ha habido discontinuidad histórica como resulta usual, ni sus supuestos ni sus métodos ni sus objetivos tienen nada que ver con jurisdiccionalismos pretéritos cual el constitucional de Cádiz, pero en todo caso la percepción del fenómeno jurisdiccionalista actual puede ayudar a que se repare en la existencia del jurisdiccionalismo constitucional histórico.

Hay riesgo desde luego de confusión en el seno de la historiografía sensible al jurisdiccionalismo del pasado sujeto a religión además de a derecho. Como aquella historia constitucional de constitucionalistas de la que participa la historiografía, la percepción jurisdiccionalista no siempre se resiste a la tentación del asalto al tiempo, de un salto nada inocente sobre la historia misma. Ha de reconocerse que la captación del paradigma jurisdiccional pretérito no siempre se contenta con situarse en el pasado. El jurisdiccionalismo historiográfico también se presta hoy a operaciones ideológicas que no resultan muy constitucionales en la medida en la que miren a la recuperación de parámetros más o menos históricos, por ejemplo solapadamente religiosos, en función actual de recorte de

---

(68) Igual que para el nuevo paradigma del *Estado plurinacional*, para esto también, respecto a ambos extremos, la ilustración hoy más elocuente la ofrece Latinoamérica: César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010; el mismo C. Rodríguez Garavito (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011. Para alguna puntualización sobre el estado del arte en el jurisdiccionalismo constitucional latinoamericano, B. CLAVERO, *Tribunal constitucional en Estado plurinacional. El reto constituyente de Bolivia*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 94, 2012, pp. 29-60. No habrá de decirse que quienes celebran a Cádiz por América ignoran estos desarrollos constitucionales a cuya vista el festejo pierde definitivamente sentido, si alguna vez es que lo tuvo. Entiéndase esto a efectos historiográficos; a los políticos, ha de reconocerse que sigue siendo otra cosa. En el programa de celebraciones de la Constitución de 1812, se ha comprendido la XXII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Cádiz, 16 y 17 de noviembre) de concurrencia y agenda sin relación alguna por supuesto con el entendimiento de que *Cádiz 2012* tenga o no sentido.

derechos, de relajación de garantías o de reducción de democracia (69).

Jurisdiccionalismo extinto de tracto preconstitucional y neojurisdiccionalismo en gestación de tiempo constitucional no tienen relación sustantiva, pero la guardan en el imaginario jurídico que pesa fuertemente sobre las mismas posibilidades de que el segundo se vaya abriendo paso. En perspectiva neojurisdiccionalista están poniéndose hoy en cuestión la concepción y la práctica de los poderes para reducirlos a funciones constitucionales, a función definitiva de los derechos, tanto de su garantía como de su promoción, en favor de derechos tanto dados como de derechos por dar. Quienes siguen presos del imaginario paleoconstitucional de los poderes confundidos primero y separados luego en la historia, poderes todavía hoy al cabo, resulta difícil que perciban y aprecien unos jurisdiccionalismos, ni el del pasado ni el del presente. Es deficiencia que aqueja por igual a historiografía y a constitucionalismo como parte del imaginario común. La exaltación del Cádiz *liberal* entre un supuesto absolutismo que arrastraría poderes y un idealizado constitucionalismo que vendría a separarlos en defensa de libertades y punto tiene todo que ver con tal escenario de la imaginación (70). El tópico gaditano resiste tanto que hasta se le

---

(69) Justamente lo acusa no sólo respecto a México P. MIJANGOS, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid, Universidad Carlos III, 2011, pp. 23-25. Para el momento clave de lo que el principal impulsor de la recuperación del jurisdiccionalismo, Paolo Grossi, denomina, contraponiéndolo, *assolutismo giuridico*, tan ajeno a Cádiz esto como propio de Cádiz aquello, B. CLAVERO, *La Paix et la Loi. ¿Absolutismo Constitucional?*, en AHDE, 69, 1999, pp. 603-645. En el planteamiento de Paolo Grossi conviene señalar también que, aunque nunca se haya referido a ello, el jurisdiccionalismo gaditano no tiene cabida, pues el jurisdiccionalismo europeo en general, en lo que toca a la historia, lo remite a tiempo medieval; otra cosa es que se le utilice de contrapunto para lo que se entiende como *absolutismo jurídico*. Para la premisa del abordaje de Cádiz por HICOES, C. GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, en « Istor. Revista de Historia Internacional », 16, *Historia y derecho, historia del derecho*, 2004, pp. 13-44. *La Paix et la Loi* se tiene, como algunos otros de los trabajos míos citados, en la entrada de *Estudios* del sitio web *Bartolomé Clavero. Ensayos, opiniones y actualidad*.

(70) Un epílogo reflexivo de *El orden de los poderes*, las *historias constituyentes de la trinidad constitucional*, no se ha impreso en el volumen, encontrándose en la entrada de *Publicaciones* de mi sitio web. El asunto lo vengo rumiando desde que concluí

encuentra en narrativas absolutamente ajenas a dicha idealización de la historia constitucional (71).

Asalto al tiempo y salto sobre el tiempo realmente se acometen y consuman por historiografía ligera y por constitucionalismo lastrado, pero lo que hoy está hipotecando en mayor medida la historia constitucional es el asalto y el salto al unísono, el que se emprende por quienes, gentes de historia o de derecho, se tienen por constitucionalistas como posición de partida para el mismo empeño historiográfico. En funciones de consejero editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales he escuchado, a favor de la publicación de algún original anacrónico sobre Cádiz, que su interés

---

Antidora, la *antropología católica* que en parte se constitucionaliza por Cádiz. Permítaseme recordar la ocasión de un homenaje a Francisco Tomás y Valiente en 1993: *'Garantie des droits': Emplazamiento histórico del enunciado constitucional*, en A. Romano (ed.), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili stotici e comparatistici*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 19-39. Fue Tomás y Valiente el responsable de que me adentrase en historia constitucional: B. CLAVERO, *Tomás y Valente: Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè, 1996. Y entre discípulos directos e indirectos de Tomás y Valiente fue como se fundó el grupo HICOES.

(71) Para buena muestra, David GOMES, *Estado, nacionalismo y exclusión ciudadana: Apuntes históricos desde el caso boliviano*, en « Cuadernos de Historia Moderna », 2012, anexo XI, *La Nación antes del nacionalismo en la Monarquía Hispánica, 1777-1824*, pp. 199-216; pp. 200 y 204: « el constitucionalismo liberal había vivido su primera experiencia en Bolivia de 1812 a 1814, bajo autoridad todavía metropolitana, en el marco de las Cortes de Cádiz », con « adhesión entusiasta de los Andes — indios y criollos — a los postulados políticos » gaditanos, figurando así aquel *liberalismo* hispano, aunque fallido por completo sobre la marcha, a la cabeza de un designio de ciudadanía inclusiva que, a trancas y barrancas, conectaría con la actualidad de algún modo, salvo el replanteamiento constitucional de Bolivia como *Estado plurinacional* frente a la ficción del *Estado-nación*, con lo cual, concluye David Gomes (p. 216), « el fracaso de la nación boliviana decimonónica » podría dejar de « constituir una carencia, pasando a ser una virtud ». El arranque gaditano mal casa con esta conclusión, lo que sólo testimonia la fortaleza del tópico. Por otra parte, que la acogida de Cádiz por los Andes no era tan halagüeña puede constar desde Nuria SALA VILA, *La constitución de Cádiz y su impacto en el gobierno de las comunidades indígenas en el Virreinato del Perú*, en « Boletín Americanista », 42-43, 1992-1993, pp. 51-70, aunque aportaciones ulteriores no afinen el enfoque respecto a la humanidad no hispana: Marta Irurozqui (ed.), *La mirada esquiva. Reflexiones históricas sobre la interacción del Estado y la ciudadanía en los Andes (Bolivia, Ecuador y Perú). Siglo XIX*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2005; Víctor PERALTA, *El impacto de las Cortes de Cádiz en el Perú. Un balance historiográfico*, en « Revista de Indias », 242, *Liberalismo y doceañismo en el mundo Iberoamericano*, 2008, pp. 67-96.

radica en su aportación, no a la historia constitucional, sino a la dogmática constitucional, razón por la que no podría dejar de incidir en libertades individuales como derechos fundamentales. Se entiende que sea de esto de lo que se trata si andamos celebrando aquello. Es operación de coste gravoso. Pierde todo la historia constitucional sin que gane nada el derecho constitucional, pues tal es el caso (72).

¿En qué punto estamos? A mi entender, antes, durante y, sobre todo, después del Bicentenario, nos encontramos en una fase de regresión hacia la desacreditada historia *whig*, aquella historia inglesa que, para legitimación de un constitucionalismo tan liberal como poco democrático, retrotraía sus orígenes a documentos medievales de garantía de privilegios de *status* nobiliarios y ciudadanos, como la famosa *Magna Charta*, sólo que por aquí, por España, el medievo constitucional ha acabado identificándose con Cádiz, con una identificación de Cádiz que además pierde su localización

(72) Cuando nos planteamos la celebración referida del 175 aniversario de Cádiz tras convenio del Parlamento de Andalucía con las Cortes españolas (figuré en el comité científico junto a Miguel Artola, Jordi Solé Tura y Francisco Tomás y Valiente), acordamos para el congreso principal un lema dotado de una cierta ambigüedad: *Cádiz, la Ilusión Constitucional*. La convocatoria resultó fallida (Juan Cano, ed., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, Tecnos-Parlamento de Andalucía, 1989, son actas del simposio que nunca se celebró, cancelado por problemas protocolarios en su flanco no académico). El título se ha utilizado luego sin ninguna ambigüedad: A. Ramos (ed.), *La ilusión constitucional*; subtítulo: *Patria, Pueblo, Nación. De la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad, 1750-1850*. Respecto a *Cádiz 2012*, para cuya celebración no he participado en ningún comité, la convocatoria del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en homenaje a Tomás y Valiente (actas, J. Álvarez Junco y J. Moreno Luzón, eds., *La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración*), ya formaba parte de los preparativos, con tiempo, para su organización, lo que se discutió en la reunión de forma acerba. Por desgracia, como suele ocurrir en esta clase de eventos, no se grabaron los debates para que se pudieran transcribir e incluir en la publicación. Por lo que respecta a la función de consejero editorial en un centro público, la objeción no responde desde luego al mero desacuerdo, sino a que, constando, no se le afronte; esto es, a que se cometa el fraude de presentar como evidente lo que no es pacífico y cuyo mismo interés reside en su carácter problemático. De aquel otro aniversario de Cádiz hubo también alguna modesta conmemoración americana: Jorge Mario García Laguardia, Carlos Meléndez y Marina de Volio, *Constitución de Cádiz y su influencia en América (175 años 1812-1887)*, San José, Cuadernos CAPEL, 1987.

jurisdiccional (73). *Whig* es palabra escocesa que no significa liberal, pero vino a hacerlo tras su trasplante al inglés para caracterizar no sólo a partidos políticos, al menos uno en Gran Bretaña y otro, en los Estados Unidos, menos recordado éste fuera de los mismos, sino también a un entendimiento evolutivo del constitucionalismo y a la forma consiguiente de plantear la historiografía a su servicio (74).

---

(73) B. CLAVERO, *Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, lo que ya he dicho que debiera proseguirse para abarcar por entero, más de lo que aquí hago, el Bicentenario. La historia constitucional *whig* tuvo un fuerte resurgimiento en España con la obra sobre Cádiz de Miguel ARTOLA, *Los Orígenes de la España Contemporánea*, 1959; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, sobre cuya génesis reflexiona Julio PARDOS, *En los orígenes de 'Los Orígenes'. El año de 'Los afrancesados'*, en M. ARTOLA, *La revolución española, 1808-1814*, Madrid, Universidad Autónoma, 2012, pp. 153-174, y dentro de cuya línea es donde sustancialmente se sitúa y mantiene Manuel Pérez Ledesma. El impulso actual más decidido se lo imprimen las empresas de Javier Fernández Sebastián. En el campo académico del derecho constitucional, la historiografía *whig* está netamente representada, como ya registré, por Joaquín Varela e Ignacio Fernández Sarasola, pero es algo que pareciera connatural a la especialidad. Sobre la referencia, si quiere matizarse lo del descrédito, Annabel PATTERSON, *Nobody's Perfect: A New Whig Interpretation of History*, New Haven, Yale University, 2002. Interesando a Cádiz, me he ocupado de historia *whig* española sin denominarla así: B. CLAVERO, *Cortes tradicionales e invención de la historia de España*, en *Las Cortes de Castilla y León. Actas de la tercera etapa del Congreso Científico sobre la historia de las Cortes de Castilla y León*, León, Cortes de Castilla y León, 1990, vol. 1, pp. 147-198; *Tejido de sueños. La historiografía jurídica española y el problema del Estado*, en « Historia Contemporánea », 12, *Historia y Derecho*, 1995, pp. 25-47.

(74) Hubo conexión desde luego, que a veces se ha exagerado (H. Trevor COULBORN, *The Lamp of Experience: Whig history and the origins of the American Revolution*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998; alcanzando a Cádiz, Noelia GONZÁLEZ ADÁNEZ, *Crisis de los Imperios. Monarquía y representación política en Inglaterra y España, 1763-1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), pero el *whiggism* político estadounidense tiene su propia historia: Michael F. HOLT, *The Rise and Fall of the American Whig Party: Jacksonian Politics and the Onset of the Civil War*, New York, Oxford University Press, 1999. Aquí nos basta con la referencia genérica a historiografía *whig* como no exclusiva del caso británico. El uso de la categoría se impuso junto con su descalificación por Herbert BUTTERFIELD, *The Whig Interpretation of History* (1931), Londres, W.W. Norton, 1965, que la ensanchaba a toda historiografía al servicio del presente, prácticamente toda ella sin más por entonces: Adrian WILSON y T. G. ASHPLANT, *Whig History and Present-centred History*, en « The Historical Journal », 31-1, 1988, pp 1-16; Marshall POE, *Butterfield's Sociology of Whig History: A contribution to the study of anachronism in modern historical thought*, en « Clio. A Journal of Literature, History and the Philosophy of History », 25-4, 1996, pp. 345-363.

Hubo un *whiggism*, un güiguismo, gaditano proyectando al pasado el sujeto colectivo, la nación, con dotación de libertades comunicadas a sus miembros, los individuos, que resultaba congruente con el propio jurisdiccionalismo, un jurisdiccionalismo que así acentuaba su continuismo en el tiempo. Una de sus manifestaciones cobró vida a través de la referida justificación del Proyecto de la Comisión de Constitución convertido luego en discurso preliminar de la Constitución misma para caracterizarla en un sentido historicista que no se hace cargo de su función jurisdiccional (75). Esta conexión con el jurisdiccionalismo es lo que se ha perdido doblemente, como constancia constitucional para entonces y como cuestión historiográfica para hoy (76). En todo caso, en el español

(75) Con buen criterio, bueno ante todo por no corregir el de la época, la edición actual de Cádiz que estoy utilizando, el reprint de *Constitución Política de la Monarquía Española*, Cádiz, Imprenta Real, 1812, no antepone el discurso sino que lo mantiene a continuación del texto constitucional con el título que le corresponde: *Discurso preliminar leído en las Córtes al presentar la Comision de Consitucion el proyecto de ella*. Su conversión en exposición de motivos de la Constitución misma fue parte de una operación ideológica por convertir a Cádiz en un constitucionalismo eviscerado de alcance constituyente enfatizando de entrada su efectiva condición historicista: Agustín de Argüelles, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios (Políticos y) Constitucionales, 1989, ed. y estudio Luis Sánchez Agesta (edición de Bicentenario, 2011). Se trata de una peculiar historia *whig* cuya progresión parte de Cádiz o poco antes para recalar en cobertura del franquismo: Luis Sánchez Agesta, *Historia del constitucionalismo español, 1808-1936*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios (Políticos y) Constitucionales, 1984. El Instituto es el predecesor no constitucional del Centro constitucional, el cual, como puede verse, no cortó del todo el cordón umbilical en medio del ambiente *whig* de la transición de salida de la dictadura franquista. La reprobación ocasional a HICOES de que, con su jurisdiccionalismo, remoza la visión historicista de la historiografía franquista, una historiografía que se fortaleció con las publicaciones sobre Cádiz, bajo la dirección de Federico Suárez Verdaguer, de la Universidad de Navarra, universidad privada del Opus Dei, no creo que merezca más réplica que la invitación a la lectura.

(76) Arrastrando inconsciencia sobre el alcance de las pérdidas, José Manuel Nieto Soria, *Medievo constitucional. Historia y mito político en los orígenes de la España contemporánea, ca. 1740-1814*, Madrid, Akal, 2007. Para Cádiz ya sabemos que la obra más relevante es la de Francisco Martínez Marina, aunque no participara en las Cortes. Con anterioridad, por su *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislacion y principales cuerpos legales de los Reynos de Leon y Castilla, especialmente sobre el Código de D. Alonso el Sabio, conocido con el nombre de Las Siete Partidas* (1808), ya había hecho una aportación mayor al medievalismo constitucional español. Aunque a su advenimiento no

como en otros, inclusive el inglés, la historiografía *whig* es incompatible con la percepción de antropologías distintas a la propia. La misma presume que la humanidad siempre se ha compuesto y se compone de individuos que aspiran a libertades como tales, como individuos sin más, aunque lo ignoren. Ésta es su antropología propia.

En España, la celebración del Bicentenario de Cádiz ha sido poco menos que letal para cualquier intento de superación del güiguismo constitucional. Güiguismo es lo que *Cádiz 2012* ha producido (77). Lo natural en las celebraciones constitucionales, sin excepción en su caso de la Constitución en vigor, es el pensamiento *whig*, el pensamiento que se identifica con el objeto de la celebración hasta el extremo de perder toda noción del tiempo para el constitucionalismo, como si la historia no trascurriese pudiendo producir por sí sola mutaciones, no sólo así a través, en su caso, de la sucesión de Constituciones. Frente a la imaginación *whig*, la misma actual española podría ilustrar esa eficacia mutante de la historia. La

---

le entusiasmara la Constitución (*Teoría de las Cortes ó Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de Leon y Castilla. Monumentos de su constitución política y de la soberanía del pueblo*, 1813; ed. Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, 1996, con estudio preliminar de J.A. ESCUDERO, que no sirve para ubicarla), fue el pensador más orgánico del momento católico gaditano. Hay en internet una Biblioteca Virtual del Principado de Asturias donde también se encuentra el *Ensayo*. Ubicación se tiene al menos desde P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *'Observaciones políticas': algunas consideraciones sobre el lenguaje político de Francisco Martínez Marina*¸ en « Initium. Revista catalana d'historia del dret », 1 (Homenatge a Josep M. Gay i Escoda), 1996, pp. 691-714 (recogido en su *Materia de España. Cultura política e identidad en la España moderna*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 323-350, bajo el título más elocuente de *El cristianismo cívico de Francisco Martínez Marina*).

(77) La quintaesencia del güiguismo gaditano se ofrece desde la propia ciudad andaluza, por la Universidad de Cádiz-Universidad de los Bicentenarios, con un manifiesto titulado *Declaración Universitaria 'Cádiz 1812-2012'*, hecha pública en diciembre de 2012, que se tiene en línea todavía, a principios de 2013, abierto para firmas de adhesión no sólo en el sitio de dicha universidad, sino también, por ejemplo, en el de la Asociación de Historiadores Americanos y del Caribe, proclamando a la Constitución de Cádiz como elemento esencial del *patrimonio jurídico cultural* común a España y América o, ampliando todavía más el radio, como pieza preciosa de una cultura *que une a España, Europa y América*, « considerando que el legado de dicha constitución llega hasta nuestros días y está presente entre lo más valioso que tenemos como sociedad civil », entre otros razonamientos similares.

pérdida de la noción del tiempo no sólo es pérdida de distancia, sino también pérdida de conciencia, incapacitación al cabo para el manejo tanto de la historia como del presente (78). Guarda perfecta congruencia que la apología de Cádiz pueda ser prácticamente a un tiempo, casi sin transición, celebración del estado del constitucionalismo en la actualidad (79).

Con carácter general, lo que siempre admite desde luego excepciones, puede decirse que *Cádiz, 1812* no podía producir sino historiografía *whig* y no ha producido otra cosa que historiografía

---

(78) Puede bastar una muestra ya citada: A. Aguiar (ed.), *La constitución de Cádiz de 1812*. Procede de un congreso celebrado en Cádiz en 2002 con el patrocinio del Ayuntamiento de la ciudad, la Unión Latina, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales español, la Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812 gaditana, la Fundación Histórica Tavera y la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela, que será la que edite en 2004 con financiación de la Agencia Española de Cooperación Internacional. A. Aguiar (ed.), *La constitución de Cádiz de 1812*, contiene las actas del congreso con un protocolo de esa serie de entidades y el prefacio citado del embajador español en Venezuela con la reducción al absurdo de la historia güiguista aplicada al caso: « Posiblemente puede decirse que España nunca logró repetir la modernidad constitucional de 1812 hasta 1978 ». El escrito del embajador Viturro lo encabeza el logo de una corona con la siguiente leyenda: « 25 aniversario Constitución Española 1978-2003 ». Con todo esto, no extrañará que, en el paroxismo *whig*, la Constitución actual se presente como el fin y la culminación de la historia constitucional española: « Cierra el proceso iniciado en Cádiz en 1812 »; « Podría decirse que la Constitución de 1978 es la síntesis de la relación dialéctica de carácter hegeliano que venía manteniendo el constitucionalismo español ». Aparte el lenguaje redicho, no es caricatura, sino sentir bastante generalizado en medios constitucionales españoles. Se da la circunstancia de que el congreso se celebró al par de semanas del intento de golpe de Estado en Venezuela (11-14, abril, 2002) en el que dicho embajador, con su idea de donde acaba la historia constitucional, se vio involucrado. Para comprobación de la sintonía con historiografía, Gonzalo Anes (ed.), *Veinticinco Años de la Constitución Española*, Madrid, Academia de la Historia, 2006, años convertidos en siglos desde tiempo medievales.

(79) La edición universitaria gaditana del Bicentenario, *Constitución Política de la Monarquía Española*, Cádiz, Universidad de Cádiz (Universidad de los Bicentenarios), 2010 (reprint de la exenta de 1812, el mismo que aquí se citó en primer lugar), va acompañada de un volumen de *Estudios* donde pueden convivir páginas celebratorias del constitucionalismo tanto de Cádiz como actual, remarcándose la relación incluso cuando se tiene conciencia de la distancia (pp. 95-134: Miguel Revenga, *Para leer la Constitución de Cádiz. Algunos retos de la democracia constitucional en el siglo XXI*). Las páginas protocolarias de las autoridades académicas recalcan aun más la conexión para poner a la propia Universidad en cabeza de la celebración a un tiempo histórica y constitucional.

whig; es decir, no ha producido por sí historiografía, sino otra cosa. Es lo suyo. Las excepciones se habrían dado aunque Cádiz no se hubiera celebrado ([80]). La historiografía constitucional, la gaditana y la que prosigue hasta hoy, es *whig*, si no naturaleza, por reflejo casi automático del constitucionalismo profesional o ciudadano al que le gusta recrearse en la historia en el doble sentido del verbo. Historiografía constitucional sin esa servidumbre es compromiso y tarea que apenas encuentran espacio. En estas condiciones, ¿cómo no va a resultar Cádiz *liberal*, *whig* ella misma? ([81]). A fuerza de reiterar

---

([80]) Ante lo dicho, según ya cité, por Benjamín González Alonso en la presentación por escrito del número de celebración del AHDE (81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011), y pensado seguramente por más colegas, esto es, que ha habido autoexclusión además debida a "prejuicios" injustificables, no hará falta insistir, tras todo lo registrado, en que HICOES no ha dejado de contribuir a las iniciativas menos políticas del Bicentenario a criterio personal de cada cual, dentro de la dificultad de la distinción de lo académico en la dinámica de la celebración, así como también en que ni el grupo ni las personas hemos hipotecado nuestro programa de trabajo ni, aún menos, su orientación por dicha participación. Esto último de mantenimiento de unas posiciones estrictamente historiográficas es lo que parece haber suscitado mayor recelo desde la polémica jornada ya referida de 2006,en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (J. Álvarez Junco y J. Moreno Luzón, eds., *La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración*) y lo que ha llevado a descalificaciones también ya vistas como la de *talibanes*, tampoco al fin y al cabo tan ofensiva si miramos a que talibán significa lo que somos, estudiosos dicho en plural pashtún del singular árabe *talib*. Lo del prejuicio puedo explicarlo, aunque tampoco justificarlo. Le discutí al director del AHDE un esquema para el nuevo número sobre Cádiz, con la plantilla de derechos constitucionales y separación de poderes, por su anacronismo distorsionador. Se cerró al diálogo sobre la posibilidad de flexibilizarlo, pero, a la vista del número, es evidente que lo abandonó. Para quien no responde, crítica es prejuicio.

([81]) J.M. Portillo, *¿Existe una historia constitucional de España? Reflexiones sobre el primer manual de esta especie*, en « Revista de las Cortes Generales », 24, 1991, pp. 295-341; B. Clavero, *Why American Constitutional History is not Written*, en QF 36, (2007), pp. 1445-1547. Tan estrecho vínculo ha creado la historiografía mamporrera entre la Constitución de Cádiz y el sospechoso liberalismo identificado sin más con constitucionalismo que puede haber reprints suyos con el título y el colofón de *Constitución liberal* colocando el adjetivo donde la portadilla interior fotográfica es *política* naturalmente lo que reza y esto sin necesidad de un estudio que justifique la calificación: *La Constitución Liberal de Cádiz de 1812*, México DF, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2002, reprint de Madrid, Imprenta Nacional, 1820. ¿Qué se diría de una edición de la Constitución de Cádiz que sin ninguna explicación se presentase como *La Constitución Corporativa* o como *La Constitución Católica*?

presuposiciones, si no también referencias, meramente traslaticias, se acaba olvidando que se está figurando una historia de hace doscientos años con descuido absoluto de la crítica de fuentes, lo más primario (82).

¿Qué podemos con todo concluir? Si se quiere una conclusión simple para un asunto complejo, el mejor modo de formularla es por contraposición y en negativo. Si aquello, lo de Cádiz, fue constitucionalismo, liberalismo y modernidad, era otro constitucionalismo, otro liberalismo y otra modernidad (83). ¿Cádiz moderna? Aprove-

---

(82) Sobre la falta de acribia de la obra de quien lanza el improperio de talibán como coartada para la omisión de respuesta e incluso para el registro de interrogantes, B. CLAVERO, *Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, p. 503, nota 121, relativa a I. Fernández Sarasola (ed.), *Proyectos constitucionales en España, 1786-1824*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. El descuido filológico se repite en I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Cádiz*, que incluye una enésima edición del texto constitucional (anexo segundo, columna segunda) con ortografía inadvertidamente actualizada y sin indicación alguna sobre fuente, generando una impresión de contemporaneidad que abunda sobre la que pesa a lo largo de todo el volumen. Entre miembros de HICOES venimos avisando de esta mala práctica desde antes de la formación del grupo: B. CLAVERO, *Materiales primeros para una historia constitucional de España*, en AHDE, 59, 1989, pp. 841-858; M. LORENTE, *Manuscritos e impresiones para una historia constitucional de España, 1810-1889*, en « Historia Contemporánea », 12, *Historia y Derecho*, 1995, pp. 91-133. I. Fernández Sarasola realiza la edición, con alguna errata, a efectos comparativos con el Proyecto de la Comisión de Constitución, para lo que sigue resultando preferible M.L. ALGUACIL, *Proyecto y texto definitivo de la Constitución*, pp. 217-379, edición de la que ni siquiera acusa existencia.

(83) Para oportunas precisiones, J.M. PORTILLO, *Early Constitutionalism and the Limits of Liberalism in the Spanish World*, en Silke Hensel, Ulrike Bock, Katrin Dircksen y Hans-Ulrich Thamer (eds.), *Constitutional Cultures: On the Concept and Representation of Constitutions in the Atlantic World*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars, 2012, pp. 43-66. Contrástese el reduccionismo de J. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN y J.F. FUENTES, voz *Liberalismo* en el *Diccionario político y social del siglo XIX español* que han dirigido, pp. 413-428; p. 414: « Pocos discuten [...] que la manera *liberal* de ver el mundo pone el énfasis en la *libertad* individual », « en el plano institucional el liberalismo viene a confundirse con el constitucionalismo » pues éste trajo la salvaguardia de « las libertades y derechos de los individuos »; pp. 416-418: Cádiz cual culminación española de esa novedad semántica. En el *Diccionario político y social del siglo XIX español*, el mismo donde no se incluyen voces como *Individuo* o como *Persona*, se introduce una voz sobre *Modernidad*, obra del propio Javier Fernández Sebastián (pp. 453-462), quien reconoce expresamente que la categoría no pertenece al siglo XIX. El problema radica entonces en el detalle de que con la sola entrada se arrastra de forma implícita a los terrenos de

chemos la prosopopeya para dirigirnos a ella atribuyéndole capacidad de interlocución. « ¿Qué es moderno? », pregunta. « Es lo mismo que liberal en un sentido estrictamente constitucional. Considerar al individuo como sujeto normativo de las instituciones », se le explica. « ¿Así sin más? No, gracias », zanja el asunto Cádiz. A la luz de su texto, la voz que nos llega, difícilmente cabe otra respuesta (84). La explicación se le ha dado al más puro estilo *whig* sin tomarse ni siquiera en cuenta que *liberal* podía entenderlo Cádiz por contraposición a *servil*, sin el alcance que hoy se le presume (85).

---

la historia la fortísima carga ideológica actual de tal vocablo al convertirlo en la categoría que confiere sentido a las expresiones decimonónicas sobre lo que fuera *moderno*. Fernández Sebastián ha llegado a hablar de *modernidad constituyente* para una historia que comprende a Cádiz. Ya advertí al inicio que, entre tanto anacronismo que campea en la historiografía constitucional española o asimilada, hoy más todavía indudablemente que con anterioridad al Bicentenario, no cabe ni plantearse cuestión de sujeto.

(84) La definición es la que nos han dado al alimón entre una antropología y una historiografía, Louis Dumont y François-Xavier Guerra. En *Modernidad e independencias* del segundo hemos visto el efecto deletéreo de la aplicación de la idea a la ubicación histórica de Cádiz como cuna que así resulta del *liberalismo* hispano con la entronización del individuo, y eso que modernidad, cuando se ha cargado al extremo de ideología, ha sido en años más recientes. F.X. Guerra, *Modernidad e independencias*, ofreció en 1992 un panorama de aparente alternativa de *otra* modernidad, una modernidad hispana católica, pero sin cuestionar en ningún momento aquel catolicismo ni interrogarse si pudiera tratarse de *otro* catolicismo, un catolicismo de *otra* antropología; sin quebrar en suma el espejo de la identidad engañosa a la distancia de dos siglos, sino puliéndolo. Nunca afrontó a cara descubierta ese trasfondo de religión, como si el catolicismo de principios del siglo XIX no presentara problemas de identidad respecto a la confesión actual del mismo nombre. Aunque su primera edición fue en una editorial que se dedicó a la exaltación del V Centenario del *descubrimiento de América*, no se tome la indicación de la fecha, 1992, como una insinuación de oportunismo, pues *Modernidad e independencias* respondía a una investigación de aliento propio. Miembros de HICOES, que como grupo aún no existía, declinaron la invitación de financiación por parte de dicha editorial, una fundación de la empresa de seguros Mapfre.

(85) Pues aplica la contraposición que imprimía el sentido no sólo predominante, sino también el único en común (aparte el tradicional vinculado a generosidad nobiliaria) entre todos los usos de la palabra, desde los más vagos hasta los más precisos, véase el ejemplo de un epigrama publicado en el « Diario Mercantil » de Cádiz, 49, 1812, p. 234: « Un liberal y un servil. / *Servil*. ¿Para comer sin sudar / hay algún oficio? / *Liberal*. Hayle. / *Servil*. Cuál es, quiero preguntar / pues a él me quiero agregar. / *Liberal*. Pues, hijo, meterse fraile » (salvo para lo visto del tratamiento de transición de los *indios infieles*, las órdenes religiosas ya sabemos no iban a tener un fácil acomodo en la Constitución Eclesiástica que quedara inédita). Llegué a conocerlo, junto a otros

Ya se sabe que las palabras no tienen la costumbre de cambiar porque las cosas lo hagan. Hay constitucionalismos, liberalismos y modernidades en plural. No existe la dicotomía entre *tradición* iliberal y *modernidad* liberal figurada por la gran narrativa en la que hoy se subsume a Cádiz para situarle en la segunda posición, sino muchas tradiciones y muchas modernidades, inclusive tradiciones modernas y modernidades tradicionales, modernidad con el mismo derecho todo lo que hoy nos es contemporáneo, cada una a su modo, y no sólo la *modernidad* supremacista, satisfecha y ensimismada de la historiografía imperante y su política postiza, política no elaborada con historia (86).

Constitucionalismos y liberalismos los hay otros. El otro significado en el mismo significante es lo que hemos procurado mirar aquí. Hemos intentado pasar a través del espejo para que dejemos de ver siempre y nada más que nuestra propia imagen como si multiplicándola la fortaleciésemos. No es la única hoy ni cabe que lo sea para ayer. Cádiz, con todas sus novaciones, constituyó sin duda una forma de modernidad en su momento, cómo no, pero *cuál modernidad* es la pregunta (87). Algunos avances se tienen en dicha

---

ejercicios más o menos literarios igual de expresivos, gracias a Marieta Cantos, F. Durán y Alberto Romero (eds.), *La guerra de pluma. Estudios sobre la prensa de Cádiz en tiempos de las Cortes, 1810-1814*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2006-2008; también se encuentra en José María García León, *En torno a las Cortes de Cádiz (anécdotas, curiosidades, hechos y gente de aquella magna asamblea)*, Cádiz, Quorum, 2007, p. 287.

(86) Respecto a *liberalismo*, conviene recordar cosas tan elementales como que *liberal* ni como palabra ni como raíz comparece en Cádiz, quiero decir siempre, con el nombre de la ciudad, la Constitución, o como que la matriz *libertad*, de donde ya había derivado *liberal*, es vocablo de procedencia anterior con un significado de privilegio o derecho de estado que puede mantenerse en tiempo constitucional, en el lenguaje *político y social del siglo XIX español* y no español, y que en Cádiz claramente se mantenía. El que se tiene por discurso preliminar de la Constitución y que en realidad lo fue del Proyecto de Comisión concluye con la palabra *liberal* (« las sólidas bases de una Constitución liberal »), pudiendo perfectamente significar dadivosa, generosa, rumbosa o desprendida para evitar la confrontación *servil* sin temor, significativamente, al equívoco. La profundidad del *background* de esta acepción no liberal de *liberal* puede apreciarse en B. Clavero, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*.

(87) M. Medina, *En el Bicentenario*, ubica el contexto ideológico de la referida composición historiográfica de F.X. Guerra, el cual y la cual, contexto y figuración, sólo han hecho espesarse y agudizarse en las dos décadas entre celebraciones interesadas, la de 1992 y la de 2012. Sin término de comparación, la obra que François-Xavier Guerra

dirección que asume la pluralidad de modernidades, pero que no acaban de hacerse cargo, despejando equívocos, de la diferencia de fondo entre antropologías de ayer y de hoy (88).

En fin, al otro lado de la luna del tiempo, Cádiz es ahora tan solamente historia, historia de otra antropología. Es un catón que no pasará a los anaqueles del pasado en el imaginario social mientras que la historiografía lo siga blandiendo (89). Cádiz es una historia a

---

desarrollara durante la primera de esas décadas, pues fallece prematuramente en 2002, ha sido, entre las de un solo autor, la más influyente en la caracterización de lo que Marta Lorente y José María Portillo han llamado *el momento gaditano*, esa fase constituyente en el espacio pluricontinental hispano que transcurre entre 1808 y 1826. Recalca esa influencia M. Chust, *El laberinto de las independencias*, en el mismo (ed.), *Las independencias iberoamericanas en su laberinto. Controversias, cuestiones, interpretaciones*, Valencia, Universitat de València, 2010, pp. 13-28, en especial 18-20 (conteniendo algún extraño paralelismo con Medina, cuya crítica obra en internet, sin citarlo). Respecto a la reflexión de éste último, poco añade R. Breña, *Diferendos y coincidencias en torno a la obra de François-Xavier Guerra (una réplica a Maldonado Medina Pineda)*, en « Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura », 38-1, 2011, pp. 281-300, quien de paso, sin mayor argumentación, en nota entre pp. 294-295, rechaza el peso del catolicismo en la obra de Guerra).

(88) En particular, pese al lastre ideológico de partida, depurándose, la línea digamos que guerrista se muestra fecunda frente a los anacronismos resistentes: A. Annino y F.X. Guerra (eds.), *Inventando la Nación. Iberoamérica, Siglo XIX*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2003; María Teresa Calderón y Clément Thibaud, *La majestad de los pueblos en la Nueva Granada y Venezuela, 1780-1832*, Bogotá, Taurus-Universidad Externado, 2010; Richard Hocquellet, *La revolución, la política moderna y el individuo. Miradas sobre el proceso revolucionario en España, 1808-1835*, ed. Jean-Philippe Luis, Universidad de Zaragoza-Universidad de Cádiz, 2011; A. Annino y Marcela Ternavasio (eds.), El laboratorio constitucional iberoamericano: 1807/1808-1830*, Madrid, Iberoamericana, 2012.*

(89) Entre los sellos de correo acuñados en celebración del Bicentenario hay uno por valor de setenta céntimos con un dibujo infantil, no sé si real o de diseño, de una corona de cinco puntas cuya base reza *La Pepa* y en cuyo interior figuran estas leyendas caligrafiadas a estilo de enseñanza primaria y compuestas a doble columna: « *Libertad — Sufragio Universal Masculino — Soberanía Nacional — separación de poderes — monarquía constitucional* ». Entre tanta mitología, por lo menos se tiene el detalle de advertir que el sufragio era masculino. Otros sellos reproducen alguno de los logos de *Cádiz 2012* incrustado en la portada de una edición de la época o algún detalle del monumento a la Constitución existente en Cádiz; lo hay que se dedica a alguno de los acontecimientos forzadamente incluidos entre los de celebración del Bicentenario como la referida XXII Cumbre Iberoamericana. En todo caso, entre todos los gadgets gaditanos, mi preferido no es filatélico, sino el de una serie de latas de cerveza que, sobre fondo rojo chillón, bajo

la que la academia y la política, una historiografía y una política inseguras, por lo visto, cara al futuro, se resisten con empecinamiento, tanto la una como la otra, tanto la historiografía como la vida pública, así necesitadas ambas de celebraciones identitarias, celebraciones de unas identidades de Estado que se pretenden de Nación (90).

La historiografía *whig* se caracteriza por cultivar una política de identidad sin reconocerlo, política destinada a fortalecer la posición de sujetos políticos actuales, por ejemplo de un Estado, al tiempo que acusa de hacer lo propio, de estar al servicio de una política, a quienes proyectan en la historia la identidad de otros sujetos más o menos compatibles, por ejemplo de una nación que no constituye Estado. Más cosas han ocurrido en la historia y pesan sobre el presente que la historiografía *whig* se empeña en cegar conforme a su ensoñación de una progresividad capaz de sobrepo-

---

la marca, estampa el logo *La Pepa 2012* junto a un sello con la leyenda *Cádiz-Bicentenario* formando círculo y cuyo pie compresivo reza *Constitución Española*. Lo recomiendo a coleccionistas. En foto ampliada resulta una imagen digna del mejor Andy Warhol. Otras recomendaciones resultarían a eventos efímeros, como el espectáculo flamenco *La Pepa* que se estrenó en el Teatro Falla de Cádiz el 21 de marzo, 2012. Ante otros públicos distintos al gaditano resulta otra cosa.

(90) En el caso más directamente interesado en la celebración de Cádiz, el español desde luego, cuyos preparativos en su mayor parte no conozco desde sus interioridades, me vi involucrado en el momento quizás más franco de confrontación entre una postura de conmemoración cívica con un papel digno para la historiografía de una parte y, de otra, la posición nacionalista española que se pretende de patriotismo constitucional en términos de aprovechar *Cádiz 2012* para el reforzamiento de la *marca España* a doble banda, ante Latinoamérica y, sobre todo, frente al auge de otros nacionalismos como el catalán y el vasco. Si se me ha venido acompañando por el orden del índice hasta el desenlace de este epílogo, ya se sabrá la ocasión a la que me refiero: J. Álvarez Junco y J. Moreno Luzón (eds.), *La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración*. Ya también sabemos que no todo lo discutido en este foro se registra en la publicación. Tampoco extrañará que la celebración del ciclo de los bicentenarios hispanos entre independencias y constituciones se haya aprovechado para la afirmación no sólo de Estados, sino también de una iglesia, la católica precisamente: Guzmán Carriquiry, *El Bicentenario de la Independencia de los Países Latinoamericanos*, Madrid, Encuentro, 2011. Hay para contrastar también respecto a la vertiente eclesiástica aparte lo ya citado: Gabriela Dalla Corte (ed.), *Historias, indígenas, nación y estado en el bicentenario de independencias de la República del Paraguay, 1811-2011*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2011, por ejemplo.

nerse a todos los contratiempos, como el de la impunidad sustancial del franquismo, el caso más cercano de responsabilidades pendientes en España, el de la provocación de una guerra civil que encubriera un designio de expolio y exterminio selectivos de sectores de la población aún por indagar en su mayor parte. Para la historiografía *whig* resulta inconcebible que haya necesidad de otra historia al servicio llanamente de la justicia en el presente (91).

Con la historia hemos bregado aquí, no con el presente aunque se haya interferido bien tenaz. De la gaditana que se ha visto se tiene bastante por escrito: « (L)a determinación de la calidad de elector comenza(b)a por el acto de vivir en parroquia y, por lo tanto, en observación de una disciplina social marcada por la cultura y la iglesia católicas", por toda una "antropología católica »; de tal modo, a escala micro antes que macro, « se abría un espacio notable para formas de determinación de la ciudadanía y de participación en la nación representada que tenían que ver, por una parte, con una difusa jurisprudencia constitucional local y, con otra, por una concepción moral de la propia nación », la católica, en cuyo ámbito « se mostró la asumida superioridad del cuerpo nacional sobre los *individuos* que lo componían », los individuos que así no lo eran (92).

---

(91) B. CLAVERO, *El árbol y la raíz*. Y no es único caso desde luego de necesidad imperativa de una historia inconcebible para la historiografía *whig* en España y América Latina si distinguimos las Américas indígena y afrodescendiente: B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*. La cuestión no es por supuesto tan sólo hispana: Ward Churchill, *A Little Matter of Genocide: Holocaust and Denial in the Americas, 1492 to the Present*, San Francisco, City Lights, 1997; Elazar BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Londres, W.W. Norton, 2000; el mismo y Alexander Karn (eds.), *Taking Wrongs Seriously: Apologies and Reconciliations*, Stanford, Stanford University Press, 2006.

(92) M. Lorente y J.M. Portillo (eds.), *El momento gaditano*, p. 174. Aunque a continuación mencione al autor, el libro se publica sin identificación de la aportación de cada contribuyente, hasta tal punto se ha coordinado el equipo, del que en esta oportunidad no he formado parte. Además de Marta Lorente y José María Portillo, participan Antonio Annino, Beatriz Rojas, Fernando Martínez y Julia Solla. Rojas y Annino no son miembros de HICOES, pero nos comunicamos y colaboramos desde antes. Si se necesita comprobación de la autoría señalada, J.M. PORTILLO, *Revolución de Nación*, pp. 425-443; *Jurisprudencia constitucional en los espacios indígenas. Despliegue municipal de Cádiz en Nueva España*, en AHDE, 81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011, pp. 181-206. Sobre el asunto estricto del sujeto, no se olviden los trabajos de Jesús

Acerca de Cádiz quien tiene escrito todo ello es José María *Txema* Portillo, miembro de HICOES, el grupo en el que nos dedicamos a indagar y reflexionar sobre esta serie de cosas (93). A veces resulta injusto suscribir un trabajo con un nombre en exclusiva, como en el caso del presente, por la razón solitaria y escasa de haberlo redactado junto a la adicional, por igual insuficiente, de conectar trabajos propios sobre asuntos no comprendidos en el objeto estricto de investigación de HICOES (94).

Vallejo y Carmen Serván. En el ambiente de comunicación continua del grupo HICOES, soy realmente incapaz de poner en pie el momento en el que comenzamos a contrastar y concretar, más allá de mis antiguos tanteos hoy veo que un tanto a oscuras, nuestras intuiciones sobre la antropología gaditana, las que he intentado articular en estas páginas. Ya dije que iba a hablar con orgullo de los logros de HICOES como equipo, no sólo como suma de individuos.

(93) En palabras ahora de Carlos Garriga: « Contra las representaciones historiográficas todavía al uso — que indagan matrices *liberales*, invocan *modelos* (si no *dogmáticos*) constitucionales e inventan experiencias *legicéntricas* –, este *momento* [el gaditano] puso a prueba la capacidad autoregenerativa del orden tradicional para devenir constitucional desde sus fundamentos antropológicamente católicos y con sus medios jurisdiccionales, inconciliables con la voluntad de ruptura en sentido fuerte que asociamos al poder constituyente » (C. GARRIGA, *¿La cuestión es saber quien manda? Historia política, historia del derecho y 'punto de vista'*, a publicarse en *PolHis*: http://historiapolitica.com/boletin).

(94) Es razón por la que debo consignar la usual reserva de responsabilidad. Agradezco encarecidamente la colaboración *hicoeña*, pero me responsabilizo de todo error y, muy en especial, si lo fuere de juicio.

MARIA SOLE TESTUZZA

MATRIMONIO E CODICI. L'AMBIGUO STATUTO DELLA CORPOREITÀ

> « Insomma, non è forse la nozione di spirito che abbiamo portato nel vostro pensiero? [...]
> Lo spirito? No, non ci avete portato lo spirito. Noi conoscevamo già l'esistenza dello spirito [...] quello che ci avete portato è il corpo ».
>
> M. LEENHARDT, *Do kamo. La persona e il mito nel mondo malesiano.*

1. Antichi luoghi: lo *ius in corpus* e il *carnale debitum.* — 2. Doveri coniugali: il panorama diversificato dei "codici giusnaturalistici". — 3. Il matrimonio e lo "spiritualismo disordinato" del *Code Napoléon.* — 4. Fedeltà, obbedienza e coabitazione: le isolate tracce lasciate dallo *ius in corpus*. — 5. La centralità del corpo nonostante l'"arrossire" del Legislatore e la sua volontaria omissione.

1. *Antichi luoghi: lo* ius in corpus *e il* carnale debitum.

Nella lunga tradizione occidentale il corpo è stato vissuto, in conformità alla struttura dei vari saperi e secondo una tipica logica disgiuntiva che pure non nega la composizione in unità, « come *organismo* da sanare, come *forza-lavoro* da impiegare, come *carne* da redimere, come *inconscio* da liberare, come *supporto di segni* da trasmettere » (1). Sarebbe perciò strano che, sino al prepotente processo di giuridificazione in atto (2), l'« impronta della sua vita

(1) U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 11.

(2) Per un quadro generale intorno al ricchissimo dibattito, coi suoi molteplici profili, su un nuovo "statuto del corpo" ci si limita a rinviare ai vari contributi raccolti

solitaria » (3) sia sempre riuscita, per la radicata e condivisa fiducia nella « inalterabilità dei processi naturali » (4), a sottrarsi agli sforzi regolativi del diritto.

« "Servo muto", luogo di applicazione — niente affatto passivo — » (5) di normazione, il corpo è stato nei secoli frequentemente associato alla sfera della sessualità. In essa, del resto, è avvertita la sua alterità ed è messa alla prova l'idea stessa di una condiscendente docilità fisica. Ad essa, infine, sono immediatamente riconducibili le sue principali manifestazioni biologiche: nascita, morte e generazione.

Non stupisce pertanto che chi ha svolto ricerche sulle prime sedi di trattazione giuridica del corpo abbia focalizzato l'attenzione sulla sterminata materia matrimoniale (6). È infatti a partire dal tema della famiglia fondata sulle nozze che, sebbene *de facto* piegato ad una logica patriarcale, viene posto tra medioevo ed età moderna, con sempre maggiore accortezza, il problema dei limiti alla disposizione e all'uso del corpo.

Nella riflessione che domina l'esperienza di antico regime, l'attitudine sessuale dei due coniugi, a fini procreativi e a tutela dell'anima contro le insidie della concupiscenza, si trasforma nella *traditio-acceptatio* del cd. *ius in corpus*: « un diritto personale (delle

---

nel recente *Trattato di Bio-diritto, Il governo del corpo*, I-II, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011.

(3) GALIMBERTI, *Il corpo*, cit., p. 11.

(4) Proprio tale "garanzia" avrebbe consentito secondo un autorevole punto di vista il consapevole disinteresse del diritto intorno all'uso del corpo. Cfr. S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 179.

(5) D. KAMPER, *Corpo* in *Le idee dell'antropologia*, I, a cura di C. Wulf e A. Borsari, Milano, Mondadori, 2002, p. 409.

(6) A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, Cortina, 2001, p. 46 e ss.; J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 113-146; CH. REID, *Power over the Body, Equality in the Family: Rights and Domestic Relations in Medieval Canon Law*, Cambridge, Eerdmans Publishing, 2004. Sull'uso del matrimonio in caso di malattia nella riflessione teologico-giuridica medievale e della Seconda Scolastica quale suggestiva sede di trattazione dei limiti alla disponibilità del corpo sia consentito il rinvio al mio *De coniugio leprosorum: antiche questioni di bio-diritto*, in « Forum historiae iuris », 15 November 2012, http://www.forhistiur.de/zitat/1211testuzza.htm.

parti) che presentava elementi di realità » (7). Approdo finale della dottrina canonistica che tese a considerarlo sempre più compiutamente quale oggetto formale essenziale del contratto di matrimonio (8), esso affonda le sue radici in una eredità composita, difficile da afferrare, proveniente tanto dall'antichità quanto dalla cultura medievale delle società rurali europee permeate di tradizioni simboliche, magiche e religiose (9).

Nel matrimonio, unico modello sociale legittimo di riproduzione, attraverso lo schema del diritto di proprietà o del diritto di credito, il corpo divenne così passibile di possesso, rinuncia, rivendica. Una ambigua "cosa"di cui era lecito "usare", ma che allo stesso tempo non poteva essere arbitrariamente sottoposta a diete, astinenze o digiuni, a volontarie deturpazioni tali da rendere arduo l'adempimento della prestazione sessuale.

Filippo Vassalli nel suo noto libretto, scritto in uno dei periodi più drammatici del secolo XX (10), esortava a ricercare criticamente « i possibili sviluppi » (11) di questa antica *dogmatica*. Una costruzione o, meglio, più costruzioni del *debitum coniugale* e della *servitù*

---

(7) F. Finocchiaro, *Profili del matrimonio canonico*, in *Il nuovo codice di diritto canonico*, a cura di S. Ferrari, Bologna, il Mulino 1983, p. 155.

(8) Per un quadro di sintesi, anche bibliografico, sulla centralità e problematicità del tema nel matrimonio canonico cfr. A.C. Jemolo, Il *matrimonio nel diritto canonico. Dal concilio di Trento al codice del 1917*, Bologna, il Mulino, 1993; J. Gaudemet, *Il matrimonio in Occidente*, Torino, SEI, 1989; J.T. Noonan, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne*, trad. de l'anglais, Paris, Cerf, 1969; J.A. Brundage, Law, *Sex, and Christian society in medieval Europe*, Chicago, The University of Chicago Press, 1987; E. Dieni, *Tradizione « juscorporalista » e codificazione del matrimonio canonico*, Milano, Giuffrè, 1999; F. Alfieri, *Nella camera degli sposi. Tomás Sánchez, il matrimonio, la sessualità (secoli XVI-XVII)*, Bologna, il Mulino, 2010.

(9) Dieni, *Tradizione « juscorporalista »*, cit., pp. 156-179.

(10) F. Vassalli, *Del Ius in corpus, del debitum coniugale e della servitu d'amore, ovverosia La dogmatica ludicra*, Roma, Bardi, 1944, p. 23 e ss. Su questo celebre lavoro cfr. S. Caprioli, *La riva destra dell'Adda (invito al Vassalli faceto)*, in « Rivista di diritto civile », XXVII (1981) II, pp. 390-432; ivi anche P. Rescigno, *Postilla*, pp. 433-435 oggi ripubblicato (« Jus in corpus » *e debito coniugale: la ristampa del libro di Vassalli*), in Id., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 90-94; A. De Cupis, *Ancora una postilla sul* Jus in corpus, in « Rivista di diritto civile », XXVII (1981), II, pp. 504-509.

(11) Vassalli, *Del Ius in corpus*, cit., p. 15.

d'amore, che conservavano la « stratificazione de' pensieri e dei metodi di epoche diverse, dalla barbarie medievale ai virtuosismi della scolastica » (12). « Nell'estate del 1943 » (13), il colto civilista, entrava nel merito di una disputa che aveva visto in quegli stessi anni come protagonisti Francesco Carnelutti e Pio Fedele (14). Uno dei temi su cui si erano confrontati « in punta di penna » i due illustri studiosi era stata infatti proprio la qualificazione della *traditio-acceptatio* dello *ius in corpus* del matrimonio canonico. Contro « il comune insegnamento canonistico » difeso dal Fedele (15), Carnelutti aveva sostenuto che il matrimonio desse origine non ad un diritto di credito di un coniuge verso l'altro, ma ad un diritto reale sul corpo dell'altro o comunque ad un diritto assoluto in cui all'altro non spettasse la posizione di obbligato, ma piuttosto quella di oggetto del diritto. Vassalli coglieva così l'occasione per soffermarsi sulla antica e controversa avventura intellettuale che aveva consentito di proporre il corpo in rapporto al potere proprio o a quello altrui. Un intreccio di teorizzazioni di lungo periodo che il raffinato giurista non esitava a definire *ludicro*, ma che, pur nell'ironia dei toni e nella severità del giudizio complessivo (16), notava essere foriero di suggestioni, presentando una singolarissima consonanza con « certe moderne vedute e dissertazioni e spunti legislativi » (17). I suoi essenziali, ma densi riferimenti all'attualità cadevano sulla polemica contro gli eccessi del concettualismo giuridico (18) e sul cruciale dibattito in merito all'oggetto del contratto di lavoro (19). Ma la sua

---

(12) Ivi, p. 126.

(13) Ivi, p. 144.

(14) Cfr. F. CARNELUTTI, *Accertamento del matrimonio*, in « Il Foro italiano », IV, 1942, col. 41 ss.; ID., *Replica intorno al matrimonio*, in « Il Foro italiano », LXVIII, 1943, XXI, coll. 1-6; P. FEDELE, *Postilla a una nota di F. Carnelutti*, in « Archivio di diritto ecclesiastico », V (1943), pp. 64-67.

(15) FEDELE, *Postilla*, cit., p. 67.

(16) VASSALLI (*Del Ius in corpus*, cit., pp. 134-135) respingeva infatti la costruzione del Carnelutti, così come quella del Fedele, dichiarandole inappropriate per definire lo speciale rapporto coniugale nella intima sfera coniugale.

(17) Ivi, cit., p. 117.

(18) Ivi, p. 143.

(19) Ivi, p. 134 ss. Ancora una volta veniva in gioco la teorizzazione carneluttiana sulla costituzione di diritti di godimento sulla persona o sul corpo umano. Si veda al riguardo il noto scritto *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici* in « Rivista

attenzione era andata anche alla tetre pretese dirigistiche statuali di quegli anni: le leggi del '38 (20) e la politica demografica perseguita dal regime in agonia (21).

Ma quando e perché questo *ius in corpus*, che tra medioevo ed età moderna era stato costantemente terreno di scontro e di confronto per giureconsulti, teologi e moralisti, aveva cessato di ricevere da parte del diritto laico una minuziosa disciplina, tanto che spiegare l'assoggettamento di un corpo del coniuge all'uso dell'altro in forza di un diritto reale o sulla base di un vincolo obbligatorio poteva essere percepito prossimo al « campo delle facezie » (22)? E soprattutto, come era accaduto che, ciononostante, il dovere dell'atto sessuale continuava a essere considerato un aspetto implicito e ineliminabile del matrimonio — come affermava lo stesso Vassalli (23) — che continuava a imporsi, nella sua problematicità, all'attenzione dei giuristi e dei legislatori?

2. *Doveri coniugali: il panorama diversificato dei "codici giusnaturalistici".*

Con l'unione coniugale — scriveva nella sua celebre opera il barone Jean Guillaume Locrè — « se donne tout, le corps et le coeur » (24). Eppure a consultare i laconici articoli che nel *Code Napoléon* disciplinano i diritti e doveri reciproci dei due sposi e a seguire i lavori preparatori, da lui analiticamente registrati su richie-

---

di Diritto Commerciale », I (1913), p. 354 e ss., ripubblicato in ID., *Studi di diritto civile*, Roma, Athenaeum, 1916, p. 179 e ss. Sull'ancora discussa questione concernente l'oggettivizzazione dell'energie o del corpo del lavoratore anche in chiave di ricostruzione storica, cfr. M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in « Argomenti di diritto di lavoro », II (1999), pp. 309-344 e la letteratura ivi citata.

(20) VASSALLI, *Del Ius in corpus*, cit., p. 117 nota 2.

(21) Ivi, p. 77.

(22) Ivi, p. 79.

(23) Ivi, pp. 131-136.

(24) J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou Conférence ...*, Paris, De L'imprimerie Impériale, 1805, II, p. 336. Sul riferimento a « un impegno col quale uno si dà interamente, col corpo e col cuore » cfr. il famoso *Discorso preliminare* di Portalis in J.G. LOCRÉ, *Legislazione civile commerciale e criminale ossia commentario e compimento dei codici francesi*, Napoli, Cioffi, 1840, I, p. 233.

sta del Primo Console, è pressoché assente ogni espresso cenno a questo "scambio di corpi" (25). Il *devoir conjugal,* che ancora Pothier considerava dovuto da ciascuno dei due coniugi a richiesta dell'altro (26), è sconosciuto o estraneo, sin dai primi progetti (27), alla dotazione linguistica della nuova legislazione destinata a divenire « mito » e « simbolo » e « modello » della « nuova civiltà giuridica » (28) e « codice padre » (29) delle codificazioni italiane, dalla Restaurazione fino a tutto il periodo unitario (30).

Certo l'analisi del contenuto degli altri due grandi "codici giusnaturalistici", pressoché coevi, restituisce un dato differente (31).

---

(25) Cfr. LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, pp. 459-463. Ai lavori preparatori è dedicata, come è noto, anche la fondamentale opera di P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil;* Réimpression de l'édition 1827, Osnabrück, Zeller, 1968, cfr. in particolar modo i volumi II (p. 57 e ss.), IX, p. 4 e ss.

(26) R.J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, in *Oeuvre de Pothiers*, VII, Paris, Siffrein, 1821-1824, Cinquième partie, cap. I, art. I, p. 247.

(27) Cfr. al riguardo i primi tre progetti redatti sotto la guida di Cambacérès (in FENET, *Recueil complet*, cit., I, per il primo progetto vedi pp. 18-19; per il secondo progetto ivi, pp. 113-114; per il terzo, ivi, pp. 224-225). Cfr. anche il progetto Jacqueminot, che pure contiene una più ampia definizione di matrimonio e l'esplicito riferimento al contratto tra due individui di sesso differente (FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. 333), e quello privato di Target studiato da Stefano SOLIMANO (*Verso il Code Napoléon: Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-99)*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 362).

(28) P. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 121.

(29) G. ALPA, *Presentazione* in *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione* a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1-27.

(30) Sul persistente e ambivalente ruolo del *Code civil* nella ricerca e nell'affermazione di una codificazione nazionale italiana tra Otto e Novecento cfr. G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, Giappichelli, 2011.

(31) Sulla categoria "codificazioni giusnaturalistiche", con taglio critico, P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 55 e ss. Proprio per le profonde differenze che li contraddistinguono questi modelli si prestano ad essere efficacemente accostati nella ricerca storiografica. Cfr. ad esempio 200 Jahre Allgemeines Landrecht *für die preussischen Staaten: Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, a cura di B. Dölemeyer e di H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995, in particolare pp. 357-370; 463-483; E. DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il* Code civil *(1804) e l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch *(ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000.

Nel primo codice vero e proprio, quello che sotto il nome di *Allgemeines Landerecht für die Königlisch-Preussischen Staaten* (ALR) entrò in vigore nel regno di Prussia nel 1794 per essere sostituito solo nel 1900 con la promulgazione del BGB, i riferimenti ai rapporti matrimoniali cadono ancora sulla antica dimensione materialistica e sessuale. « I coniugi non possono rifiutarsi durevolmente al compimento dei doveri coniugali » (32). Il divieto è esplicito, è accostabile alla dottrina iuscorporalista kantiana del matrimonio (33), ma va anche inserito all'interno di un più ampio e dettagliato quadro normativo, espressione dello straordinario disegno demiurgico di Federico II. Nel codice prussiano « l'alternarsi di pedagogia caporalesca e di repressione punitiva » (34) trapassa le mura domestiche e, nel proposito di perseguire non già la salvezza individuale, ma la felicità del suddito, l'antico debito coniugale esce dal ristretto dominio canonistico per divenire oggetto di minuziose prescrizioni statali.

Quella della ALR è una società di antico regime fatta di *status*, di *Stände*, di corpi sociali (35), ma anche di corpi fisici "inginocchiati" (36), la cui esistenza è presa a carico in maniera sempre più pervasiva da parte del potere politico. Le funzioni del corpo, nella

---

(32) *Allgemeines Landerecht für die Königlisch-Preussischen Staaten*, (d'ora in poi siglato come ALR), II, 1, § 178.

(33) Nonostante l'impegnativa e perentoria formula kantiana neghi all'uomo di disporre di se stesso e del proprio corpo (M.M. Marzano Parisoli, *Il corpo tra diritto e diritti*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXIX, 1999, 2, p. 536 e ss.), la concezione del filosofo riguardo al matrimonio ruota intorno al possesso della persona del coniuge (cfr. Vassalli, *Del Ius in corpus*, cit., pp. 52-60). Tale impostazione è del resto comune agli altri scrittori di diritto naturale cfr. M.G. Di Renzo Villata, *Il matrimonio tra sacro e profano: dalla lezione giusnaturalistica al giurisdizionalismo*, in *Diritto e religione tra passato e futuro*, (Atti del Convegno Internazionale, Villa Mondragoni-Monte Porzio Catone) a cura di A.C. Amato Mangiameli e di M.R. Di Simone, Roma, Aracne, 2010, pp. 259-325.

(34) A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 2005, II, p. 251.

(35) Sulla tradizionale società gerarchizzata prussiana cui guarda l'ARL rimane fondamentale G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, in particolare p. 493 e ss.; p. 485.

(36) Si intende fare riferimento al § 598 del famoso Titel XX, Th. II che imponeva ai subalterni, colpevoli di mancato rispetto al superiore, di ascoltare in ginocchio l'ammonizione del giudice.

loro realità, tendono ad essere naturalmente percepite come oggetto di diritti, assorbite in quanto tali o da una antica logica dominicale o dalle più moderne istanze pubblicistiche. Nell'ambito familiare ciò si traduce in una espansione della disciplina legislativa della vita di coppia e in una responsabilizzazione degli individui rispetto all'esercizio della propria sessualità e all'uso del proprio corpo. Si tratta di un'incredibile trama di disposizioni: varie, specifiche che non sempre si risolvono nel rigore di una proibizione. Più spesso esse mirano a regolare lo sviluppo ordinato delle forze individuali e collettive. Ed ecco così che il legislatore prussiano lascia ai genitori dell'ermafrodita la scelta, sulla base dell'eccezionale conformazione fisica del figlio, del sesso di appartenenza; riconosce allo stesso, nel segno della tradizione cattolica, tale libertà dopo il compimento del diciottesimo anno di età, e rimette ancora al giudizio dei periti questa definizione quando si tratta di tutelare i diritti di un terzo (37). Con linguaggio assai concreto, prescrive alla donne che hanno rapporti fuori dal matrimonio di osservare con cura i mutamenti del proprio corpo per scorgere i segni di una gravidanza (38) e ordina alle madri di informare, con prudenza, le figlie quattordicenni delle regole precauzionali per la gestazione e il parto (39). Ancora: le madri sono tenute se in buona salute ad allattare (40) e in quanto mogli, nel « porgere il seno al bambino », ad obbedire al termine fissato dalla volontà del marito (41). In costanza di allattamento (42) o per ragioni di salute (43) esse possono però — è sempre l'espressa previsione di legge ad autorizzarlo — rifiutarsi al debito coniugale.

Nel disciplinare il matrimonio, espressamente pensato come

---

(37) ALR, I, 1, §§ 19-24. Sull'obbligo degli ermafroditi di eleggere con fissità, in indipendenza e libertà di giudizio, la propria genitalità fisica in vista dell'uso del corpo nel matrimonio e sull'eventuale accertamento peritale esisteva, sin dai secoli XVI e XVII, una vastissima letteratura di cui sembra tener conto il legislatore prussiano. Cfr. V. MARCHETTI, *L'invenzione della bisessualità. Discussioni tra teologi, medici e giuristi del XVII secolo sull'ambiguità dei corpi e delle anime*, Milano, Mondadori, 2001.

(38) ALR, II, 20, § 901.

(39) ALR, II, 20, § 902.

(40) ALR, II, 2, § 67.

(41) ALR, II, 2, § 68.

(42) ALR, II, 1, § 180.

(43) ALR, II, 1, § 179.

una società sessuale a fini procreativi (44), l'ALR contempla poi che l'impotenza, anche successiva alle nozze (45), e il danno fisico, per l'eventuale disgusto e ripugnanza che provoca nell'altro coniuge (46), possano incidere sulle sorti dell'unione coniugale. Per lo stesso motivo, il rifiuto ostinato di adempiere al dovere coniugale, che aveva impegnato generazioni di giuristi (47), è specificamente considerato dalla legge una *bösliche Verlassung*, e come tale una condotta fortemente lesiva degli impegni presi con il matrimonio (48).

Che « prima di tutto » a ciascuno dei coniugi incombesse eguale obbligazione al debito carnale era rigorosamente previsto anche dal Codice generale austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* ABGB) (49). Per alcuni interpreti la colpevole mancata prestazione del debito, « consistente nel ragionevole soddisfacimento dell'istinto generativo », sebbene non potesse dar luogo ad una coazione diretta, poteva essere causa di separazione di letto e di mensa, se non addirittura motivo di impiego, contro il disertore malizioso, di mezzi coattivi indiretti: quale la privazione della libertà o l'irrogazione di una sanzione pecuniaria (50).

La fattispecie della famiglia era del resto delineata in maniera inequivoca: « nel contratto di matrimonio due persone di differente sesso dichiarano nel modo voluto dalla legge la loro volontà di vivere in consorzio inseparabile, di procreare figli e di educarli, e di prestarsi reciproca assistenza » (51). Il legislatore austriaco non solo ben definiva la struttura e il contenuto necessario dell'atto, ma

---

(44) ALR, II, 1, § 1: « Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder ».

(45) ALR, II, 1, § 696.

(46) ALR, II, 1, § 697.

(47) Su questa causa di trasgressione del patto matrimoniale nella riflessione sei-settecentesca cfr. Di Renzo Villata, *Il matrimonio tra sacro e profano*, cit., p. 276 e ss.

(48) ALR, II, 1, §§ 694-695; 748.

(49) ABGB, § 90. Vedi al riguardo F. Zeiller, *Commentario sul codice civile universale per tutti gli stati ereditarj tedeschi*, Milano, Giuseppe Destefanis, 1815, I, pp. 249-252.

(50) J. Winiwarter, *Il diritto civile austriaco sistematicamente esposto ed illustrato*, Venezia, Giuseppe Antonelli, 1837, I, p. 295. In senso contrario però Zeiller, *Commentario*, cit., p. 250.

(51) ABGB, § 44.

enunciava, al pari dell'ALR, anche l'esclusività del rapporto coniugale: « nel tempo medesimo l'uomo può essere unito in matrimonio solo ad una donna, e la donna soltanto ad un uomo » (52). Anche esso inoltre, sebbene meno enciclopedico e onnicomprensivo del *Landerecht* prussiano, contemplava come impedimento l'« impotenza permanente di soddisfare al debito coniugale », ne prevedeva la prova col mezzo dei periti (medici, chirurghi esperti e levatrici) (53), e distingueva però tale ipotesi da quella differente di una incapacità temporanea o sopravvenuta, quand'anche insanabile (54).

La centralità dell'antica *obligatio reddendi* veniva dunque salvaguardata espressamente anche in questa legislazione che pure aveva inteso codificare solamente il diritto privato, escludendo tutta quella materia pubblicistica che aveva caratterizzato l'ARL, e accolto la moderna concezione del primato laico dell'organizzazione civile.

Una tale rilevanza può essere spiegata, oltre che dall'attaccamento della Corona asburgica al cattolicesimo — che rimaneva fortissimo nonostante il deciso orientamento aconfessionale in campo matrimoniale — anche da un ulteriore fattore.

Nutrito dei principi del giusnaturalismo illuminista, l'ABGB, come è noto, aveva proclamato, per l'esistenza di « diritti innati che si conoscono con la sola ragione », la necessaria considerazione di ogni uomo come « persona ». Ne era conseguita la pregevolissima enunciazione che « la schiavitù o la proprietà sull'uomo, e l'esercizio della potestà ad essa relativa » non potevano essere più « tollerati in questi Stati » (55). Il problema del corpo veniva dunque impostato e risolto identificandolo completamente con la persona (soggetto di diritto) e con la negazione quindi della possibilità di esercitare su di esso alcun immediato diritto "di padronanza" (56). Ma la dichiarata antitesi tra persona e cosa e il generale riconoscimento della astratta capacità giuridica in capo ad ogni uomo — come rileva Severino Caprioli — si era anche accompagnata ad una « fenomenologia dei

(52) ABGB, § 62; ALR, Th, II, Tit. I, § 16.
(53) ABGB, § 100. Vedi anche § 101.
(54) ABGB, § 60.
(55) ABGB, § 16. Cfr. ZEILLER, *Commentario*, cit., pp. 108-113.
(56) Cfr. WINIWARTER, *Il diritto civile austriaco*, cit., I, pp. 123-126.

soggetti » che aveva raggiunto « gradi ulteriori di analisi » (57). Questo codice, col conciliare operazioni diametralmente opposte come la separazione e l'assimilazione tra corpo e spirito, fissava infatti nel soggetto specifici aspetti "materiali", fisici e psicologici e delineava un preciso rapporto tra Stato e cittadino. Con lo scandire le età dell'uomo (infanzia, adolescenza, minorità, maggiorennità), col differenziarne gli stati psichici e ammettere le malattie di spirito (58), esso accordava una « speciale protezione delle leggi » a tutti coloro che « per mancanza di età, o per difetto di mente, o per altri rapporti » fossero stati « incapaci d'avere la conveniente cura dei propri interessi » (59). Pur non prendendosi "la briga" di risolvere la questione messa in campo dai naturalisti e dai filosofi, se cioè il feto appartenesse o meno agli esseri viventi ragionevoli, esso, nel segno della tradizione romanistica e canonistica e senza portare a compimento quel processo di astrazione del concetto di capacità giuridica che si avrà solo con il successivo e prepotente apporto dogmatico della dottrina giuridica tedesca, estendeva la sua tutela anche al nascituro, fin dall'istante del suo concepimento equiparato, con riguardo ai propri diritti, al nato (60). Nel considerare infine il « ragionevole soddisfacimento dell'istinto generativo » (61), subordinava gli appetiti individuali al bene pubblico e assegnava perciò una funzione specificamente sessuale all'unione durevole e legittima dell'uomo e della donna.

Se si guarda alla parallela organizzazione dell'istituto matrimo-

---

(57) Cfr. al riguardo S. Caprioli, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 74 ss.

(58) Cfr. Zeiller, *Commentario*, I, cit., pp. 120-125.

(59) ABGB, § 21.

(60) ABGB, § 22. Cfr. Zeiller, *Commentario*, cit., pp. 125-127. Anche qui si avverte però la tendenza a ridurre progressivamente l'equiparazione della situazione giuridica del concepito con quella del nato sul piano di una *mera fictio* normativa volta esclusivamente a « congelare » i diritti successori del nascituro e non già a renderli attuali e vigenti fin dal momento del concepimento. Cfr. Winiwarter, *Il diritto civile austriaco*, cit. pp. 137-141. Su questo analogo processo in Francia e in Italia cfr. G. Ferri, *Note e discussioni - Brevi note sulla capacità giuridica dell'*enfant concu *nel Code Napoléon*, in « Diritto romano attuale » XVII (2007), p. 121 e ss.; Id., *Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari e nella stagione della codificazione unitaria*, in « Rivista di diritto civile », LV (2009), 2, pp. 227 ss.

(61) Winiwarter, *Il diritto civile austriaco*, I, p. 295.

niale nei due codici di respiro mitteleuropeo è agevole vedere dunque che essi, pur non accogliendo concetti teologici, avevano assicurato, attraverso una valorizzazione dell'assetto contrattuale preso a prestito dalla tradizione canonistica e dal giusnaturalismo nordico, un posto assolutamente dominante alla considerazione del corpo e al suo uso scambievole nel matrimonio.

Ma cosa era accaduto allora nella vicina legislazione francese?

3. *Il matrimonio e lo "spiritualismo disordinato" del* Code Napoléon.

Il matrimonio è « un contratto col quale ciascuno degli sposi dispone della sua persona » (62) spiegava nel suo *Cours de code civil* (1824) Delvincourt, avvocato della Corte Reale e decano della Facoltà di Parigi. Che l'uomo nascesse dotato di piena libertà di disporre della propria persona, e che tale libertà-proprietà di sé si traducesse in alcuni diritti fondamentali come il matrimonio e il divorzio, era stato il perno della concezione che aveva guidato Cambacérès sin dalla redazione dei suoi progetti (63). Tuttavia i famosi *artisans* del codice francese (64), alla fine di una lunga gestazione, avevano fatto prevalere lo scetticismo in ordine all'opportunità di fornire una tale definizione delle nozze. Non fecero perciò nessun riferimento al contratto e, come è noto, decisero anche di eliminare, perché inutile proclamazione di un principio evidente e incontrastabile, il celebre articolo che nel progetto dell'anno IX apriva il titolo quinto del Libro primo: « La legge considera il matrimonio soltanto sotto le sue relazioni civili » (65).

Non erano mancati però anche in questa parte d'Europa i tentativi definitori. Jean-Etienne-Marie Portalis nella sua *Exposé des motifs* aveva descritto il matrimonio come una vittoria dell'umano

---

(62) C.E. DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, Napoli, dai torchi di Saverio Giordano, 1823, II, p. 6.

(63) J.L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, Paris, PUF, 1992.

(64) A.J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, con prefazione di M. Villey, trad. it., Napoli, EDS, 2005, pp. 49-93.

(65) Sulla soppressione del capitolo I, intitolato alle disposizioni generali, contenente questo articolo cfr. i processi verbali del Consiglio di Stato; sessione del 26 fruttidoro anno IX, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, pp. 415-419.

droit naturel sull'ordine fisico della natura (66). Il sopravvento del diritto razionale sull'istinto ferino capace di suggellare la definitiva emancipazione dal mondo animale dell'uomo, suo speciale *être intelligent et libre (67)*. Un privilegiato patto sociale, dunque, che pur originato dalla necessità di regolare l'ardente « desiderio che spinge un sesso verso l'altro » (68), non si esauriva, come affermato dai filosofi (69), con il mero « interesse della propagazione » (70). Per l'illustre consigliere di Stato doveva piuttosto privilegiarsi « la scelta, la preferenza, l'attaccamento personale che determinano questa inclinazione » e considerare così più in generale le nozze come « la società dell'uomo e della donna che s'uniscono per perpetuare la loro specie, per aiutarsi con reciproco soccorso a sopportare il peso della vita, e per condividere il loro comune destino » (71).

---

(66) Cfr. J.E.M. Portalis, *Présentation au corps législatif, et exposé des motifs*, Sessione del corpo legislativo del 16 ventoso XI (10 marzo 1803), in Fenet, *Recueil complet*, cit., IX, p. 139.

(67) Ivi, pp. 139-140. « La promotion sur l'animal est capital! » scrisse a tale riguardo René Savatier nel suo *Le droit, l'amour et la liberté* (1937), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, edizione del 1963, pp. 24-25. Più di recente, Xavier Martin, nei suoi lavori, ha ricostruito la genesi di tale storica declamazione sull'emancipazione dal mondo animale nei termini di una ricerca di una rigenerazione fisica dell'umanità, concepita quest'ultima proprio come non dissimile dall'animalità. Cfr. X. Martin, *Liberté, égalité, fraternité. Inventario per sommi capi dell'ideale rivoluzionario francese*, in « Rivista internazionale dei diritti dell'uomo », III, 1995, pp. 586-605. Sul progressivo superamento dell'« assillo storico » di una umanizzazione come lotta contro la bestialità cfr. D. Kamper, *Uomo (essere umano)*, in Id., *Le idee dell'antropologia*, cit., I, pp. 77-83 e, ivi citato, G. Böhme, *Antropologie in pragmatischer Hinsicht*, Darmstädter Vorlesungen, Frankfurt, Suhrkamp 1985. Ma sulla poliedrica e persistente efficacia dell'animalità come operatore simbolico nel discorso giuridico, cfr. le recenti osservazioni di F. Migliorino, *Un animale in più. Efferati, inumani, mostruosi nelle maglie del diritto*, in corso di stampa.

(68) Cfr. il *Discorso preliminare* di Portalis in Locré, *Legislazione civile*, cit., I, p. 233.

(69) Sul matrimonio come « seminario del genere umano » nei filosofi del XVII e XVIII secolo, cfr. Di Renzo Villata, *Il matrimonio tra sacro e profano*, cit., pp. 264-290.

(70) *Discorso preliminare* di Portalis in Locré, *Legislazione civile*, cit., I, p. 237.

(71) J.E.M. Portalis, *Esposizione dei motivi nella sessione del 16 ventoso anno XI (10 Marzo 1803)*, in Locré, *Legislazione civile*, cit., II, p. 506. Su Portalis, giurista che interpreta, soprattutto in relazione al matrimonio, un difficile tempo di transizione, cfr. I. Théry e Ch. Biet, *Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du mariage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil*, in *La famille, la loi, l'État de la Révolution*

Il grande ispiratore del codice dava però un'indicazione che riceverà dure critiche. « Presenta la vita come un peso, come un onere — scriverà Laurent raccogliendo i rilievi di Mourlon — [...] sembra che l'uomo non è stato creato che per sua sventura. È questo il germe d'un sistema filosofico altrettanto falso quanto pericoloso » (72). La massima rifletteva una dottrina che andava rigettata non solo perché « ingiusta verso Dio », ma anche perché essa — esprimeva energicamente il giurista belga — « ci disgusta dalla vita reale ». Per Laurent una tale impostazione rendeva omaggio alla diffidenza della Chiesa nei confronti del corpo, ne legittimava le « pretensioni ambiziose », ma soprattutto comportava il rischio di svilire le nozze ricercando, con l'esaltazione della verginità e del celibato, « una perfezione immaginaria, in una esistenza affatto spirituale » (73).

A ben guardare, le avvertenze contro i rischi di questo « spiritualismo disordinato » (74) non ne coglievano però perfettamente la ambigua forza. L'idea di un accesso ordinato alla corporeità regolato dal contratto di matrimonio era stata elaborata dalla canonistica medievale e dalla teologia della Seconda Scolastica e aveva trovato il suo fondamento proprio nella preoccupazione di far si chè il singolo potesse sfuggire a una natura cieca e disgraziata. Si trattava certo di una costruzione, complessa e in evoluzione, che mirava a realizzare interessi individuali inderogabilmente fissati però in un ordine, ultraterreno e religioso, a cui i nubendi non potevano sottrarsi. Come tale si trattava di una concezione che promuoveva, ben lontana dal minacciarne la dignità, il coniugio. Attraverso la

---

au Code civil, Textes réunis par I. Thery-Ch. Biet, Centre Georges Pompidou, Imprimerie Nationale, 1994, pp. 104-121; J.-B. D'Onorio, *L'esprit du Code civil selon Portalis: d'un siècle à l'autre...* , in « Droits », 42 (2005), 2, pp. 75-92; L. Jaume, *Le Code civil avait-il pour finalité de terminer la Révolution française?*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), 1, p. 128 e ss.

(72) F. Laurent, *Principii di diritto civile*, Napoli, Vallardi, 1879, II, p. 246. Frédéric Mourlon (*Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, I, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1853, nota 1, p. 266) individuava in questa definizione due fondamentali difetti: la confusione tra matrimonio e concubinato che ne discendeva e il ridurre la vita a "poids" e "fardeau".

(73) Laurent, *Principii di diritto civile*, II, pp. 246-247.

(74) Ivi, p. 247.

mediazione delle correnti giusnaturalistiche dei secoli XVII e XVIII era stata consolidata infatti nell'ossatura giuridica dei due codici (ALR, ABGB) prima esaminati, dove si era caratterizzata per una accentuata valenza giuspubblicistica. La medesima impostazione aveva permesso infine anche in Francia, sebbene con esiti assai diversi — lo vedremo tra breve —, di disegnare una disciplina contrattuale del diritto matrimoniale che, proprio attraverso le sue reticenze, rimaneva attenta a prioritari interessi sociali e vicina alla vita degli individui "in carne e ossa".

4. *Fedeltà, obbedienza e coabitazione: le isolate tracce lasciate dallo* ius in corpus.

Se la menzione del *devoir conjugal* nella sua accezione corporea — lo abbiamo già sottolineato — era in effetti scomparsa dal codice francese, in esso rimanevano però esplicitamente individuati gli altri diritti e doveri della vita coniugale che in origine avevano accompagnato tutte le discussioni sul debito carnale.

Il dovere di fedeltà, sancito dal *Code Napoléon* nell'articolo 212, fa tuttavia percepire appena l'eco di quell'antico regime dello scambio dei corpi che si era affinato nei secoli.

Il divieto di adulterio tendeva infatti per molti versi a "smaterializzarsi" o "intellettualizzarsi" se ci si confrontava oltre che con la scarna previsione civilistica, che lo metteva in relazione ai doveri di soccorso e assistenza reciproca, con le sanzioni che tale modello normativo, unitamente alle contemporanee disposizioni penalistiche, prevedeva nel caso di sua violazione.

In un orizzonte in cui si erano fatte strada, attraverso la valorizzazione della volontà libera, le richieste sulla depenalizzazione dello stupro semplice (75), anche la trasgressione della fedeltà coniugale era stata spiegata essenzialmente come "un mancare ai propri impegni". Lo schema del consenso uguale alle nozze operava però in maniera claudicante dal momento che la sua violazione

(75) Sul grande valore simbolico della depenalizzazione dello stupro semplice e sulle sue conseguenze in materia civilistica cfr. G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999, in particolare p. 187 e ss.

rimaneva gravemente punita solo nella moglie. Non era dunque la lesione del diritto del coniuge ad essere presa in considerazione. Piuttosto appariva chiaro che anche nel versante civilistico a prevalere fosse non la ragione privata, ma l'interesse giuspubblicistico. Forti del resto rimanevano il richiamo, di antica memoria, al rischio di introdurre nella famiglia legittima figli estranei al marito (76), e la tradizionale valutazione della impudicizia femminile come più grave di quella maschile (77). Abbondavano in tal senso le metafore igieniste collegate al *plus d'immoralité* della donna, serio attentato alla « felicità delle nazioni » (78).

Per l'uomo le sanzioni erano addirittura legate ad una condotta diversa, in cui passava quasi in secondo ordine il commercio carnale adulterino. All'atto era infatti richiesta una più specifica carica ingiuriosa. Non era sufficiente infatti la semplice violazione del dovere coniugale per chiedere il divorzio dal marito (79) o far sì che egli fosse soggetto a pena correzionale. Queste conseguenze potevano discendere solo da un ulteriore fatto: l'ospitare la concubina nella casa comune. Anche per l'uomo dunque, più che la violazione di un legame fisico esclusivo (80), venivano privilegiati

---

(76) Cfr. LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 670. Nell'età della codificazione è del resto preoccupazione costante la salvaguardia, di matrice romanistica, della sola paternità "legittima". In merito cfr. G. GALEOTTI, *In cerca del padre. Storia dell'identità paterna in età contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

(77) Sul tradizionale trattamento discriminatorio della donna in tema di adulterio, in particolare riguardo all'impossibilità per la moglie di accusare il marito di adulterio quando essa stessa se ne fosse macchiata cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito commentario "ad legem Juliam de adulteriis"*, Bologna, Monduzzi, 2002; A. MARCHISELLO, *« Alieni thori violatio »: l'adulterio come delitto carnale in Prospero Farinacci (1544-1618)*, in *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, a cura di S. Seidel Menchi e D. Quaglioni, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 133-183.

(78) J.E.M. PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 526.

(79) Queste stesse disposizioni si trovano in altre legislazioni che adottano il modello napoleonico, ma che, in assenza di divorzio, guardano all'adulterio come causa si separazione. Cfr. ad esempio gli art. 217-219 del Codice civile del Regno delle due Sicilie.

(80) Il dibattito sulla dimensione materialistica e sessuale del dovere di fedeltà coniugale ha interessato comunque la dottrina sino a tempi vicini ai nostri. Per il caso italiano, solo dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 ci si è pronunciati per una

altri fattori. Primi fra tutti: la risonanza sociale dell'evento e la conseguente tutela dell'onore, della rispettabilità e della prosperità, anche economica, della famiglia.

« Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » (81). Il richiamo all'obbedienza dell'art. 213 del *Code civil* potrebbe in sé suggerire un forte riferimento alla antica materialità dei corpi. Si trattava tuttavia anche essa di un'allusione, che pur legittimando nella vita quotidiana il più severo potere correzionale del marito e persino la violenza sessuale ai danni della moglie (82), tendeva nel disposto legislativo a diventare abbastanza debole e comunque slegata dall'antico debito coniugale corporeo.

Il termine obbedienza, proprio per la sua asprezza, incuteva certo un qualche timore, come dimostrano le remore di molti altri legislatori che, pur ispirandosi di peso al modello francese, decideranno già nel corso dell'Ottocento di "raddolcire" l'espressione sostituendola con una più mite (83). Per la sua forte carica pervasiva la parola del resto è considerata anche oggi un singolare marchio di soggezione. Una certa resistenza ad adoperarla si ha non soltanto nel campo politico e morale, per le caratteristiche repressive che essa ha assunto e mantenuto dopo il disastro dei movimenti totalitari, ma anche in ambito giuridico. Si pensi ad esempio alla « riluttanza » a

---

concezione più lata di fedeltà intesa, non nella circoscritta accezione corporea, ma come lealtà affettiva. Cfr. V. Pilla, *Separazione e divorzio. I profili di responsabilità*, Padova, Cedam, 2007, pp. 12-32.

(81) Art. 213 del *Code civil*. Per un quadro generale, anche bibliografico, sulle critiche a tale articolo e più in generale sul dibattito che nel centenario del codice nasce in materia di matrimonio e statuto della donna maritata cfr. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, pp. 208-219; J.F. Niort, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, I-II, Aix-En-Provence, PUAM, 2004, cfr. in particolare il volume II, pp. 470-493.

(82) M. Cavina, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

(83) Cfr. ad esempio nella codificazione del Regno delle due Sicilie dove all'art. 202 si utilizza l'espressione « dipendere » che, come annota Fortunato Cafaro (*Trattato delle tre potestà, maritale, patria e tutelare del sig. Chardon*, Lauriel, Napoli, 1848, p. 7) « suppone una obbedienza ragionevole e giusta, non già obbedienza cieca e assoluta ». Il successivo Codice civile italiano all'art. 132, pur imponendo al marito l'obbligo di protezione, tacerà invece completamente sull'obbedienza della moglie.

discutere in termini di "dovere di obbedienza" del prestatore di lavoro (84).

Che si trattasse di una espressione dura era espressamente riconosciuto anche da Jacques de Maleville, uno dei quattro redattori ufficialmente nominati da Bonaparte. Nella sua *Analyse raisonnée,* egli però quasi a voler dimostrare che essa non avesse un carattere così amaro ricordava come fosse stata usata dallo stesso san Paolo (85).

Obbedienza era in effetti un lemma antico. Pensata come punto di sutura di corpo e spirito, aveva connotato per molti secoli la società, la cultura e la vita quotidiana dell'Occidente cristiano. Tra medioevo e prima età moderna essa accompagnava infatti uno straordinario intrico di relazioni personali, dai contorni sfuggenti, dal carattere spesso meramente fattuale, caratterizzate dalla disuguaglianza dei soggetti coinvolti e dall'effettivo potere di un uomo su un altro uomo. Attraverso l'apporto dogmatico e tecnicamente costruttivo della produzione teologica e giuridica, concorse però a plasmare i molteplici rapporti gerarchici di dominazione: sul principio di autorità, su eterogenee costituenti formali e sulla ricerca di una giustificazione dell'ordine e della diversità di posizione di ciascuna parte. Obbedire, in tale complesso e ampio scenario, significava dunque presupporre una limitazione dei tanti poteri di supremazia e dei tanti stati di subordinazione che contraddistinguevano la società di antico regime. In ultima istanza, significava affermare l'irriducibilità piena di un uomo a *res* di un *dominus* (86).

Sulla scorta di queste antiche eredità ordinamentali, anche la potestà del marito sulla « persona » della donna era stata definita da Pothier — per i codificatori uno dei principali oracoli della tradi-

---

(84) M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in « Argomenti di diritto di lavoro », III (2004), pp. 725-748. Come è intuibile il tema coinvolge « il cuore del rapporto di lavoro e la sua sistemazione dogmatica », cfr. M.G. MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, in *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro: art. 2104. (Il Codice Civile, Commentario diretto da D. Busnelli)*, a cura di C. Cester e M.G. Mattarolo, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 269-596.

(85) J. MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État...*, Paris, Vve Nyon, 1805, I, p. 225.

(86) Cfr. M.S. TESTUZZA, *Tra cielo e terra. I congegni dell'obbedienza medievale*, Torino, Giappichelli, 2011.

zione — secondo la peculiare accezione di un ambiguo potere privato: « potestà [...] di esigere da essa tutti i doveri di sottomissione che sono dovuti ad un superiore » (87).

Nel processo di codificazione, respinta la contraddittoria tensione alla uguaglianza dei sessi del *droit intermediaire,* politicamente ed economicamente assai inquietante, si era però guardato con nuova attenzione a tale definizione.

Gli artefici del codice erano animati dalla volontà di terminare la Rivoluzione, ma non potevano ignorare la massima solenne sonoramente scandita dall'art. 1 della *Dichiarazione* del 1789: « Gli uomini nascono e restano liberi e uguali nei diritti ». La "disponibilità" giuridica della donna da parte dell'uomo doveva perciò fare i conti — come nota lo stesso Portalis — con il rifiuto, ormai formale e altamente ideologico, di « una specie di diritto di proprietà [...] sopra le persone » (88). Gli studi sul diritto coloniale e sulla questione razziale hanno messo in luce come in realtà proprio nei primi anni dell'Ottocento, dopo l'altalenante politica del periodo rivoluzionario, segnata anch'essa da forti contraddizioni nonostante "l'irruzione della libertà", si assisté ad una ufficiale ammissione di deroghe al declamato egualitarismo. Fu infatti reintrodotta la schiavitù e ridefinito il rapporto tra ordinamento metropolitano costituzionale e ordinamento coloniale fondato su un sistema d'eccezione, destinato a produrre i suoi effetti anche dopo la definitiva abolizione del terribile istituto (89).

Nel caso della donna non si rendeva necessario però alcun correttivo sul piano formale. Non si trattava di reintrodurre nuovi poteri privati sulle persone. I codificatori sin dal Termidoro avevano espresso l'esigenza di restaurare nel segno dell'autorità e in chiave verticistica la famiglia per il potenziamento dello Stato e il supera-

---

(87) R.J. Pothier, *Traité de la puissance du mari*, in Id., *Oeuvre de Pothiers*, VII, cit., Première partie, art. 1, p. 435.

(88) J.E.M. Portalis, *Esposizione dei motivi*, in Locré, *Legislazione civile*, cit., II, p. 509.

(89) Si veda per una ampia ricostruzione M. Fioravanti*, Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Roma, Carocci, 2012, e la letteratura ivi citata.

mento degli esiti rivoluzionari più eversivi (90). « L'omaggio reso al potere che la protegge » (91) — colpisce l'uso del linguaggio feudale —, lungi dal richiamare un rude "diritto di padronanza", poteva essere più convenientemente spiegato attraverso la secolare concezione della fragilità, dell'indegnità e della malizia femminile, rivisitata peraltro dalla cultura illuminista e scientista con nuovi termini organici (92). La necessità di una sua particolare tutela ben si poteva accordare con la convinzione che le sue "fibre" fossero meno solide, meno elastiche, così come meno durevoli e intense le vibrazioni del suo cervello. La sua stessa natura, zoologicamente troppo indifferente e indocile agli imperativi dell'interesse personale, rendeva così anche giuridicamente la donna limitata da un'incapacità e bisognosa di una prudente e "affettuosa" vigilanza e protezione maschile (93). Ma proprio la convenienza politica e la preoccupazione di non ripudiare il formale riconoscimento dell'intrinseca libertà individuale avevano imposto dei temperamenti per escludere che i poteri riconsegnati allo *chef de famille* potessero essere pensati come quelli di un piccolo despota (94). Il codice non utilizzava più perciò

---

(90) Sul rafforzamento da parte dei giuristi napoleonici della potestà maritale e sull'influenza in tale scelta della teorica utilitaristica benthamiana, cfr. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., p. 69 e ss.; 251 e ss.

(91) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 526.

(92) Come è noto, è lunghissima la tradizione che fonda sulla differenza sessuale e 'biologica' la causa di disparità di autorità e di poteri tra i due componenti della coppia (cfr. E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Einaudi, Torino, 1985; C. THOMASSET, *La natura della donna*, in G. DUBY e M. PERROT, *Storia delle donne in Occidente. Il medioevo*, a cura di Ch. Klapisch-Zuber, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 56-87; DI RENZO VILLATA, *Il matrimonio tra sacro e profano*, cit., pp. 259-325). Tuttavia il sempre maggiore spazio attribuito alla medicina e alle scienze della natura porteranno nell'età moderna ad una peculiare declinazione scientista di tale radicata convinzione. Cfr. X. MARTIN, *Misogynie des rédacteurs du Code civil: une tentative d'explication*, in « Droits », XLI (2005), pp. 69-89; cfr. G. ROSSI, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 285-488 e la letteratura ivi citata; G. ALESSI, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 127-140.

(93) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 526.

(94) Cfr. NIORT, *Homo civilis*, cit., I, pp. 142-144; 155-157.

l'espressione potestà maritale, ma richiamava la moglie all'obbedienza. La soggezione muliebre tendeva così ad essere concepita più che nel senso di una disponibilità fisica della donna, nell'ottica di una collaborazione, ovvero (nell'interesse comune) quale il versante, il lato passivo di un potere direttivo-autocratico del marito, unico « rappresentate della società coniugale » (95) di fronte allo Stato.

Nella formulazione austera delle norme del *Code civil*, la sottomissione della donna maritata si era risolta però, oltre che nell'espresso dovere di obbedienza — che come abbiamo visto era avulso dall'antico *debitum coniugale* —, in una incapacità di agire assoluta e soggettiva e nell'obbligo di coabitare col marito, a sua volta chiamato a tenere presso di sé la donna. Era questo l'unico aspetto "corporeo" dell'intimissima "vita comune" espressamente prescritto e tipicamente legato in origine all'*obligatio reddendi.* Non è un caso che saranno proprio le sanzioni contro l'abbandono volontario del domicilio coniugale a rappresentare in maniera velata la reazione giuridica contro l'antica *desertio malitiosa,* il rifiuto continuativo dell'amplesso sessuale, su cui i giuristi francesi eviteranno invece in maniera esplicita di dilungarsi.

Si trattava dunque di un disposto importante, tanto che anche l'iniziale eccezione, che ammetteva il rifiuto di seguire il marito nel caso in cui egli avesse deciso di trasferirsi fuori dal regno, prevista dallo stesso Pothier e riprodotta nei progetti del codice (96), fu soppressa dal Consiglio di Stato, su domanda reiterata dello stesso Napoleone, a vantaggio di una più rigorosa dipendenza personale della donna (97). « Nel sistema della potestà maritale essa non ha volontà, poiché deve obbedire a suo marito », chiarirà ancora diversi decenni dopo Laurent. « Quanto ai motivi dati da Pothier, attengono alle idee del vecchio regime che attaccava l'uomo alla terra cui era

---

(95) K.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, trad. it. di V. De Matteis, Napoli, Marghieri, 1862, I, p. 203, nota 1. Cfr. anche DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, pp. 306-307, nota 155.

(96) L'espatrio e l'emigrazione come motivo di divorzio sono contemplati sino al *Projet de l'an VIII* (FENET, *Recueil complet*, cit., II, p. 49). Cfr. al riguardo anche il Primo Progetto Cambacérès (FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. 27); e il progetto Target (SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., pp. 362; 364).

(97) *Processi verbali del Consiglio di Stato. Seduta del 5 vendemmiale Anno X (27 settembre 1801)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, II, pp. 460-461.

nato; l'abiurazione della patria non è più un crimine, [...] è un diritto che promana dalla libertà individuale » (98). Parole che, se si guarda alla complessiva « misoginia » del codice (99), risultano al lettore di oggi incoerenti e persino grottesche nel celebrare la cesura con il passato feudale e la carica esplosiva della libertà individuale. In realtà ben testimoniano quanto fosse difficile, anche solo da immaginare, la compiuta transizione tra il vecchio ordine particolaristico della società di antico regime e il nuovo, la cui linea di sviluppo era quella della piena unificazione del soggetto di diritto.

Il codice stabiliva dunque la convivenza matrimoniale, ma non diceva nulla della sua sanzione. È proprio però nel dibattito che nasce in dottrina intorno all'esecuzione forzata di tale obbligo che tornava ad essere ricordato l'antico *ius in corpus* (100).

Di fronte alla lacuna, gli autori erano divisi. Vi era chi rivendicava un potere discrezionale dei tribunali (101), chi ammetteva la sola sospensione degli alimenti (102), chi discuteva sul sequestro delle rendite e sulla immissione nel possesso dei beni da parte del marito (103), chi riteneva legittima, a titolo di pena, la condanna della moglie ai danni-interessi (104). Ai nostri fini appare più interessante soffermarsi sulle osservazioni di coloro che discutevano sul ricorso alla forza pubblica per costringere la donna a reintegrare il domicilio coniugale.

La questione presentava significative analogie con quella, vivacemente discussa, della *contrainte par corps* (105). La preoccupa-

---

(98) LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, pp. 113-114.

(99) MARTIN, *Misogynie des rédacteurs*, cit., pp. 69-89.

(100) LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, pp. 115-120.

(101) C. DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, trad. it. di G. de Filippo, F.Mascilli e G. Tucci, II, pp. 296-300.

(102) LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, pp. 115-119.

(103) DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, p. 297 nota 147; ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 203 nota 4. In senso contrario LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, pp. 116-117.

(104) DURANTON, *Corso di diritto civile*, cit., I, pp. 300-301, DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 298.

(105) L'imprigionamento per debiti abolito in Francia in materia civile nel 1793 e reintrodotto nel 1797 per essere nuovamente abolito e reintrodotto nel 1848, fu oggetto di grande dibattito sia in ambito civile che commerciale, sino alla sua abolizione definitiva nel 1867. Sulle vicende che segnano il controverso istituto si rinvia al testo di

zione borghese per la tutela della proprietà e per la sicurezza dei traffici commerciali aveva fatto sì che, nonostante la disapprovazione di parte dell'opinione pubblica e dell'ala progressista della politica e della scienza giuridica, nella sistematica napoleonica, eccezionalmente e in maniera immediata, fosse conservato un ambiguo richiamo al potere di un uomo sul proprio corpo e sul corpo altrui. Per usare le parole di Giacomo Pace Gravina, è infatti il controverso istituto della *contrainte par corps* e la sua applicazione nelle corti di giustizia, che riporta l'astratto discorso codicistico in un « alveo sicuramente più realistico ». La sua stessa denominazione suggeriva del resto « una visione del corpo come bene materiale che può essere 'preso in ostaggio', sottoposto a sequestro » e di cui quindi, anche per fini puramente economici, disporre (106). Proprio tale dubbio profilo aveva infatti ispirato uno dei più agguerriti interventi contro la reintroduzione dell'istituto, soppresso durante il periodo rivoluzionario. « Che si vuol rendere alienabile, trasmissibile di mano in mano, come un mulo, un cittadino? » chiedeva Pierre Samuel Dupont de Nemours al Consiglio degli Anziani. « Il commercio presta alla persona, non per farsene un pegno, ma per la fiducia che ripone nella sua virtù. Siam noi dunque miserabili macchine, effetti mobili che possonsi allogare nei magazzini? No, non è col corpo che si tratta, non si avrebbe per garanzia che un vile mucchio di bisogni, è coll'anima: non vi è comunicazione che tra le anime » (107). L'istituto tuttavia, nonostante gli attacchi, le proteste e l'aperto contrasto con la mitica *Dichiarazione dei diritti*, era stato ristabilito

---

G. Pace Gravina, *"Contrainte par corps". L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale*, Torino, Giappichelli, 2004. Per una aggiornata letteratura sul tema si cfr. anche P.-C. Hautcœur, *La statistique et la lutte contre la contrainte par corps*, in « Histoire & mesure », XXIII (2008), 1, http://histoiremesure.revues.org/3093. Per le vicende medievali cfr. F. Tomás y Valiente, *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés*, in « Anuario de Historia del derecho español », XXX (1960), pp. 249-489; L. Sinisi, *Un frammento di formulario notarile genovese del Trecento*, in *Studi in memoria di Giorgio Costamagna*, a cura di D. Punch, Genova, Società ligure di storia patria, 2003.

(106) Pace Gravina, *"Contrainte par corps"*, cit., p. 28.

(107) L'intervento al Consiglio degli Anziani il 24 ventoso, anno V (14 marzo 1797) si legge in Locré, *Legislazione civile*, cit., VIII, p. 28.

e godette di grande vitalità e di lunga durata propria grazie alla « ambiguità della formulazione » scelta infine dal legislatore (108).

Quando si trattò della coazione della donna per il caso del dovere di coabitazione, il discorso in dottrina si fece però ancora più crudo e non aggirabile con artifici linguistici. « Non si tratta già di esigerne il pagamento di un diritto col mezzo dell'arresto personale, — osservava per esempio il giurista alemanno Zachariae — ma dell'esercizio in un diritto il cui obbietto è la persona della moglie: *ubi rem meam invenio, ibi ream meam vindico* » (109).

« Nel matrimonio, non è più quistione di denaro, né di utili, né di perdite: come dunque si può parlare di danni-interessi, di riparazione del danno? Nel matrimonio non è soltanto un fatto personale, è la stessa sua propria persona che mia moglie mi ha promesso: perché dunque — domandava Marcadé — non potrei colle vie legali asseguire il possesso di lei, oggetto diretto del contratto? » (110).

Nonostante l'arresto personale della donna fosse disposto in più tribunali (111), tra gli studiosi queste opinioni venivano spesso rifiutate (112). « Se la moglie è una cosa, è almeno una cosa mobile, e le cose mobili non si rivendicano » osservava ancora una volta, tra il serio e il faceto, Laurent (113). Tuttavia, a fronte del silenzio del legislatore, è proprio tale scambio di opinioni che fornisce una delle poche testimonianze, sfuggenti e impacciate, sull'ambiguo scambio matrimoniale e sulle isolate tracce lasciate dal secolare dibattito sullo *ius in corpus* del coniuge.

---

(108) PACE GRAVINA, *"Contrainte par corps"*, cit., p. 27.

(109) ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 203 nota 4.

(110) V. MARCADÉ, *Corso elementare di dritto civile francese*, trad. it. di E. Castellano, Stabilimento tipografico di Gaetano Mobile, Napoli, 1851, I, p. 389.

(111) Cfr. i diversi arresti citati da V. De Matteis in ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 203 nota 4.

(112) DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, cit., I, p. 301; DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, pp. 296-297 nota 146. In senso contrario vedi DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, pp. 298-300.

(113) LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., III, p. 119.

5. *La centralità del corpo nonostante l'"arrossire" del Legislatore e la sua volontaria omissione.*

La tradizione civilistica francese nel trattare dei doveri coniugali prediligeva dunque i toni sfumati, nascosti e mediati e taceva sull'uso scambievole dei corpi sia nel definire il matrimonio, sia nel regolare i rapporti tra i coniugi. Tuttavia vi ritornava, con qualche perplessità, quando si tratta di discutere della indissolubilità del matrimonio.

Degno di nota può essere in tal senso un intervento dello stesso Napoleone in sede di lavori preparatori. « Non è nella natura delle cose che due esseri organizzati a parte siano giammai perfettamente identificati: ora il legislatore dee prevedere i risultamenti che la natura delle cose può condurre » (114). La critica del Primo Console cadeva implicitamente sul concetto *genesiaco* dell'*una caro*, ovvero dell'unione dei due corpi, divenuti una sola carne (115). Il tema era fondamentale per la tradizione cattolica e tra i più controversi per la sua accezione precipuamente materiale (116). La copula coniugale della tradizione canonistica aveva un significato simbolico e mistico, quello della unione di Cristo con la Chiesa, ma si caratterizzava per il chiaro riferimento al diritto e all'obbligo reciproco ed esclusivo dei due sposi sul corpo dell'altro, da cui discendeva l'estremo suggello della indissolubilità del matrimonio. Questa *unione di corpi* diventa, invece nella ricostruzione di Napoleone, una « identificazione perfetta », che la natura dei due esseri « organizzati a parte » non poteva tollerare. Occorreva perciò guardare ad essa come ad una mera « finzione » da concepire necessariamente quale un puro espediente astratto per spiegare l'incontro di volontà, essenza stessa del contratto di matrimonio, modificabile dunque a rigore di logica (117).

---

(114) *Processi verbali del consiglio di Stato, seduta del 16 vendemmiale anno X (8 ottobre 1801)*, in Locré, *Legislazione civile*, cit., II, p. 654.

(115) Gen 2,18; 22-24.

(116) La problematicità dell'accezione *« juscorporalista »* di tale tema ha segnato, come accennato, tutta la tradizione cattolica sino al Concilio Vaticano II. Per un quadro di sintesi cfr. Dieni, *Tradizione « juscorporalista »*, cit.

(117) *Processi verbali del consiglio di Stato, seduta del 16 vendemmiale anno X (8 ottobre 1801)*, in Locré, *Legislazione civile*, cit., II, p. 654.

In verità — come suggeriva, a proposito di tutte le legislazioni matrimoniali laicizzate, Arturo Carlo Jemolo nel suo celebre trattato (118) — nelle discussioni che accompagnano il codice napoleonico l'impronta del diritto canonico rimaneva, non solo con le sue rivisitate basi pregiuridiche, ma anche col suo singolare schema giuridico. Contro l'assunto che il matrimonio fosse « un'alienazione della propria persona » Maleville non contestava l'ammissibilità dello scambio di diritti sul corpo, ma difendeva piuttosto la specialità della convenzione matrimoniale rivisitando l'antico armamentario. La disposizione della propria persona fisica o dei propri "servigi" a perpetuità, se odiosa in qualsiasi contratto, è — per il giurista — benigna nelle nozze, solo « per metafora » paragonabili alla servitù (119). Il civilista rendeva chiaramente omaggio agli elementi arcani, simbolici, extra-razionali che il matrimonio continuava ad avere dietro di sé, ma accettava conseguentemente anche la sua componente fisicistica e la concezione del corpo come oggetto di diritto.

Nella rappresentazione data, il corpo era dunque certamente presente, ma tendeva nella maggior parte dei casi ad essere utilizzato, per usare un'espressione cara a Lévi Strauss, come « semplice forma o, più esattamente, simbolo allo stato puro » (120). La sua parte più materiale era come rimossa: per imbarazzo, per sospetto o perché era in parte anche mutato il modo di dialettizzarla.

Ne troviamo una conferma nella disputa che nasce in dottrina intorno alla rilevanza da accordare all'impotenza naturale per le sorti del matrimonio. Il tema era indubbiamente avvertito come scabroso. « Potrebbe liberamente stipularsi un termine alla durata di questo contratto [matrimonio], che è essenzialmente perpetuo, poiché esso ha per oggetto di perpetuare la specie umana? » — domandava Portalis, dinnanzi al Consiglio di Stato, a proposito della possibile introduzione dell'impotenza come motivo di divorzio —. Per il grande redattore del codice, la risposta era ovvia: « Il legislatore

---

(118) JEMOLO, Il *matrimonio nel diritto canonico*, cit., pp. 136-140.

(119) MALEVILLE, *Analyse raisonnée*, cit., I, p. 240.

(120) Citazione tratta da J. GIL, *Corpo*, in *Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1978, III, p. 1098.

arrossirebbe di autorizzare espressamente una simile stipulazione. Esso fremerebbe se gli fosse presentata » (121).

Nei lavori preparatori si discusse perciò sull'opportunità di reintrodurre piuttosto, per evitare ogni ombra di scandalo, « l'incompatibilità d'umore ». « Dicesi che [.... essa] ha il vantaggio di mascherare l'adulterio, l'impotenza, in una parola tutte quelle cause che non possono essere enunciate senza offendere le caste orecchie » osservava ancora una volta Portalis. « E che! Si dice che i nostri costumi sono corrotti, e ci si accorda tanta delicatezza! Egli è vero nondimeno, che i costumi sono qualche volta men puri del linguaggio. Ma la legge non può essere men pura nè men severa del linguaggio » (122). Nel denunciare l'ipocrisia di una tale scelta, egli stesso tuttavia non ne negava la possibile convenienza.

La legislazione francese, alla fine però, tacque sull'impotenza naturale come causa di divorzio (123), e quasi tutti i giuristi che la illustrarono la esclusero anche come motivo di nullità delle nozze, ovvero quale tradizionale impedimento dirimente assoluto, non solo perché non espressamente previsto dalla legge, ma anche perché contrario allo spirito della stessa (124).

---

(121) J.E.M. Portalis in *Processi verbali del consiglio di Stato, seduta del 14 vendemmiale anno X (6 ottobre 1801)*, in Locré, *Legislazione civile*, cit., II, p. 635.

(122) Ivi, p. 636.

(123) Il riferimento all'impotenza, la cui prova è dubbia e scandalosa, ricorrerà soltanto segnatamente nella discussione del titolo della paternità e della filiazione, cfr. Locré, *Legislazione civile*, cit., III, pp. 25-29. Come è noto invece il legislatore italiano, riconoscendo più esplicitamente che il carattere principale anche se non esclusivo del matrimonio fosse la procreazione, si distaccherà dal modello francese e la contemplerà autonomamente quale autonoma causa di impugnazione del matrimonio sia nel codice civile del 1865 all'art. 107, sia in quello del 1942 all'art. 123. Sul grandissimo dibattito nato a cavaliere dei due codici sull'impotenza *coeundi* e *generandi*, e se si dovesse considerare, nel segno della tradizione canonistica, interesse giuridicamente protetto la procreazione dei figli o la semplice *spes generandi* cfr. le osservazioni e i riferimenti bibliografici indicati in E. Giacobbe, *Le persone e la famiglia*, Torino, Utet, 2011, pp. 368-370; C. Minelli Zagra, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*, Milano, Giuffré, 2006, p. 81 e ss.

(124) Così per esempio A. Duranton, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, trad. it. di P. Liberatore, Napoli, Domenico Capasso Libraio-Tipografo Editore, 1841, I, p. 187; C.B.M. Tullier e J.B. Duvergier, *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, Palermo, Lauriel, 1852, I, pp. 207-208; Laurent, *Principii di diritto civile*, cit., II, pp. 306-309. In senso contrario invece P.A. Merlin, voce *Impotenza* in

Per alcuni interpreti, cui non sfuggiva il preminente interesse sociale del tema, la questione poteva essere però risolta spostando lo sguardo "dall'esterno verso l'interno". Era possibile concentrarsi cioè sul diverso profilo dell'errore e dell'inganno e sulla ricerca dell'intenzione delle parti. L'art. 146 del codice disponeva che non vi fosse matrimonio senza consenso, e in tal senso si sosterrà non « vi è certamente consenso quando si è indotti in errore su di una qualità di tale natura » (125). Se poteva proficuamente essere richiamata l'« autonomia della volontà » (126), era però la fisicità del corpo, inscindibile dall'onore della persona, a porre l'ostacolo. Come scrive Demolombe: « Che cosa si farà, se rifiutasi il convenuto di lasciarsi osservare? [...] Come sortire allora d'imbarazzo? Lo si farà esaminare a viva forza? ». Il senso di fastidio o di disagio poteva, secondo il grande commentatore, essere superato:

> E perché no? Non debbon forse eseguirsi gli ordini della giustizia ogni qualvolta si possono? Non trattasi di un fatto attivo, rispetto al quale la forza non è mica possibile; ma trattasi in vece di un fatto passivo, di un atto di sommessione, di rassegnazione. In materia criminale non son forse talvolta ordinate codeste specie di esami, per esempio contro individui accusati di stupro, e di cui è necessario di conoscere lo stato, perché una malattia sarebbe stata comunicata alla vittima? Non han forse luogo anche forzatamente per la esecuzione delle leggi sul reclutamento dell'armata o sulle dogane? Perché dunque sarebbe altramente nella nostra ipotesi? In forza di quale privilegio potrebbe il convenuto col suo rifiuto arrestar [...] l'amministrazione della giustizia? (127).

Repertorio universale e ragionato di giurisprudenza e quistioni di diritto, versione italiana diretta da F. Carrillo, Napoli, Presso Borel e Comp., 1828, IX, p. 756; DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II; pp. 340-342, nota 226; DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II; pp. 177-178.

(125) MERLIN, *Repertorio universale*, cit., IX, p. 756. Ma anche il dibattito intorno all'« errore nella persona » pose problemi ricostruttivi ampi e assai significativi. Ci si chiese se per errore sulla persona si intendesse la persona fisica-individuo o quella civile-sociale, quali fossero gli effetti (nullità o annullamento) e in che maniera potesse valere, in materia di matrimonio, il semplice errore sulle qualità. Per un quadro di sintesi vedi la voce *Impedimenti di matrimonio*, in MERLIN, *Repertorio universale*, cit., IX, p. 728 e ss.; DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 168 e ss.; LAURENT, *Principii di diritto civile*, II, p. 306 e ss.

(126) Su tale centrale e originalissimo assioma del codice civile francese, con particolare riferimento alla teoria dei vizi del consenso rimangono utilissime le pagine di ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile*, cit., pp. 259-279.

(127) DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 178.

Che si trattasse di spiacevoli giudizi e di mezzi di prova unanimemente riprovati e che perciò più che allo « sperimento dei periti » (128) sarebbe stato preferibile affidarsi all'esperienza dei magistrati, sembrava ovvio al giurista francese. Ma qualora fosse risultata chiara la difficile prova, egli rimaneva convinto che fosse comunque possibile pronunziare la nullità delle nozze (129).

Dalle parole di Demolombe resta dubbia quale giustificazione egli desse a tale soluzione, se si trattasse cioè di tutelare effettivamente la posizione del "contraente ingannato" o di salvaguardare piuttosto l'ordine giuridico matrimoniale, ma è chiaro che diventava sempre più cruciale il nesso tra la sfera privata e quella pubblica. Rimaneva comunque fermo che « il matrimonio » fosse — come osservava con grande convinzione Duranton, uno dei più famosi commentatori del codice, — « l'unione degli animi e della volontà, anzi che quella de' corpi » (130).

Stando a tale dichiarazione sarebbe perciò presto spiegato perché il problema dell'impotenza fosse nell'opinione dei giuristi tra i meno chiari e i meno pacifici e, più in generale, perché le relazioni tra i coniugi, nella parte in cui avevano ad oggetto il corpo, fossero diventate completamente evanescenti, quasi « angéliques » (131).

Ma si tratta in realtà di un bel paradosso per una legislazione che, pur menzionando esplicitamente soltanto i doveri di fedeltà, soccorso, assistenza reciproca, protezione, obbedienza, e coabitazione e tacendo invece su ogni riferimento corporeo, non autorizzava con ciò i giuristi a negare quale oggetto del contratto-matrimonio la

---

(128) Ivi, p. 177. Già con un arresto del 18 febbraio 1677, il parlamento di Parigi si era pronunziato contro la prova del congresso, ma in dottrina furono dure le critiche anche riguardo alla prova dei periti. Cfr. MERLIN, voce *Impotenza* in *Repertorio universale*, cit., IX, *ad vocem*; ID., voce *Congresso* in *Repertorio universale*, cit., II, *ad vocem.* Cfr. anche per una più recente e controversa sentenza al riguardo TULLIER e DUVERGIER, *Il diritto civile francese*, cit., I, pp. 207-208.

(129) DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 178. Sul ritardo degli esegeti nella concettualizzazione, messa in rilievo solo a partire dallo Zachariae, della dubbiosissima questione del matrimonio come inesistente o nullo, cioè a dire annullabile cfr. LAURENT, *Principii di diritto civile*, II, p. 267 e ss. Sul punto cfr. le osservazioni di HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, cit., pp. 85-86.

(130) DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, cit., I, p. 177.

(131) A definirle così SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., p. 20.

procreazione dei figli. Nell'avere di mira la protezione delle nozze feconde, i suoi interpreti obbedivano alla coscienza giuridica comune (132) ed erano ovviamente concordi nell'ammettere l'inesistenza o la nullità delle nozze tra due persone dello stesso sesso, o, in maniera contraddittoria rispetto a quanto visto per il caso di impotenza, nell'ipotesi in cui uno dei due fosse stato in maniera manifesta privo di una specifica identità sessuale (133).

Il silenzio in materia matrimoniale riguardo al debito coniugale è tanto più curioso se si considera che il proposito dei redattori era stato proprio quello di rifondare, attraverso una legislazione secolarizzata, l'ordine morale. Nel compilare il codice, testo di una « nuova religione civile » (134), ci si era infatti certamente preoccupati, seppure non nell'interesse dell'anima ma a salvaguardia della prosperità dello Stato, delle necessità della carne. Le regole e le solennità del matrimonio furono infatti dichiaratamente prescritte per non abbandonare i contraenti alla licenza delle « brame eccessive » e delle « passioni sfrenate » (135). Persino il divorzio era stato in tale ottica contemplato per non condannare i coniugi alla sessualità disordinata del « perpetuo celibato » (136) imposto dalla separazione personale.

Il corpo, nonostante le reticenze del legislatore, rimaneva dunque al centro dell'istituzione matrimoniale in quanto implicita-

---

(132) Sulla valenza giusnaturalistica della nozione di "buon costume" e sulla sua incidenza sistematica nell'assetto codicistico quale limite ad ogni libertà contrattuale cfr. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile*, cit., pp. 273-279.

(133) Cfr. MERLIN, voce *Ermafrodito*, in *Repertorio universale*, cit., VII, pp. 392; 393; DURANTON, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 187; MARCADÉ, *Corso elementare di dritto civile*, cit., I, p. 326; DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, cit., II, p. 342 nota 226; ZACHARIAE, *Corso di diritto civile*, cit., I, p. 155, cfr. anche nota 9; LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., II, p. 268; pp. 272-273.

(134) Sulla « secolarizzazione legislativa considerata come elemento chiave [...] e vera anima del nuovo codice » cfr. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno*, cit., pp. 102-127.

(135) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, pp. 505-506.

(136) T. BERLIER, in *Processi verbali del consiglio di Stato del 16 vendemmiale anno X (8 ottobre 1801)*, in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 650; cfr. ivi, J.B. TREILHARD, *Esposizione dei motivi, nella sessione del 30 ventoso anno XI (21 marzo 1803)*, p. 761.

mente oggetto di diritti e doveri poiché essenziale strumento di realizzazione dei tradizionali fini del matrimonio: generazione della prole e rimedio contro la dissolutezza morale.

Perché allora una presenza così pallida nella disciplina codicistica? Come spesso accade, si tratta di un fatto, agile e accattivante, che scopre un senso dietro un apparente controsenso.

Nella costituzione di tale assetto un ruolo importante aveva certamente giocato, come abbiamo visto, il tipico imbarazzo, unito al sospetto di impudicizia, che segna nella cultura occidentale il tema della corporeità. « Un'antropologia tragica (una storia di cadute e tensione al riscatto) » (137) continuava a condizionare non solo il discorso sul corpo, ma anche l'auto-rappresentazione dei giuristi. Il giureconsulto « deve essere casto e puro come la legge » (138) — scriveva Merlin de Douai, celebre istitutore di Napoleone, nella voce che nel suo Repertorio consacrava all'impotenza. Per il famoso procuratore generale della Cassazione francese, che così difendeva la tradizionale aura sacrale del suo ceto, la ritrosia a « trattare simili materie che possono risvegliare immagini voluttuose » poteva essere superata solo facendo appello ad una prudente moderazione e ad una certezza metafisica: la funzione purificatrice della giustizia (139).

La sospettosa cautela degli autori del Codice e dei suoi interpreti a trattare del corpo con riferimento all'unione coniugale era stata dettata poi, non soltanto dall'intenzione di evitare ignobili accuse di oscenità e morbosità, ma anche dalla loro diffidenza, carica di sfumature contrastanti, per i professionisti della medicina (140). Per altri versi, i progressi della scienza non erano stati del resto ancora capaci di minare la secolare certezza della imperscrutabilità

---

(137) Su tale visione antropologica prodotta soprattutto dalle discussioni tridentine cfr. Alfieri, *Nella camera degli sposi*, cit., pp. 136-142, qui citata p. 145.

(138) Merlin, *Repertorio universale*, cit., IX, p. 751.

(139) Ivi, p. 751: « Qui tutto è purificato dalla giustizia, la quale è simultaneamente la guida e l'oggetto delle nostre ricerche ».

(140) Le ricerche sull'interdizione giudiziale ben hanno mostrato questo ambiguo atteggiamento. Su come i codificatori e gli interpreti del diritto civile, pur sensibili al dato reale, si mostrassero restii a recepire le nuove acquisizioni della medicina e a mettere in discussione i tradizionali « contorni della follia » cfr. G. Sciuto, *L'interdizione giudiziale e le logiche del Code civil*, Acireale-Catania, Bonanno, 2011, pp. 45-57; 142-154.

delle « operations invisibles » della generazione umana (141). La natura indomita, « unica maga in tutte coteste cose » (142), rendeva discutibile e assai problematico il contributo che la medicina poteva dare in relazione al funzionamento del corpo. È vero che se in tutti gli altri contratti « la natura resta muta: [...] essa interviene nel contratto di matrimonio » (143), ma « le conseguenze fisiche del matrimonio sono troppo incerte per diventare le basi della legge », aveva osservato Cambacérès quando si trattava persino di chiarire la questione dell'età minima per contrarre le nozze. L'età — sosteneva l'ascoltatissimo consigliere di Stato — doveva essere riguardata solo « sotto l'aspetto del consenso pensato che le persone debbono dare al loro matrimonio » (144).

Ma quella che sembra una generale ignoranza volontaria del dato biologico è giustificata — la più recente e accorta storiografia lo ha ben evidenziato — ancora più che dal pericolo del pubblico scandalo o dalla certezza dell'impenetrabilità della medicina nei misteri della natura, da uno degli esiti, tra i più complessi, della lezione illuministica e rivoluzionaria.

L'uomo considerato e cristallizzato nel "fortunato" testo è, per utilizzare un'efficace e sintetica denominazione invalsa nel nostro dibattito contemporaneo, l'*homo civilis* (145). Con l'adozione di tale espressione non intendiamo fare riferimento alla « conception abstraite et désincarnée de l'être humain » — quell'asettico *homo juridicus* contro cui si era pronunciato il grande civilista francese René Savatier, per denunciare la *mystique individualiste* della giuri-

---

(141) J.E.M. PORTALIS, *Présentation au corps législatif*, in FENET, *Recueil complet*, IX, p. 142. L'impenetrabilità delle operazioni della natura nel mistero della generazione è un *topos* assai utilizzato nel dibattito codicistico. Ricorre per esempio costantemente a giustificazione del noto divieto di ricerca della paternità.

(142) MERLIN, *Repertorio universale*, IX, cit., p. 752.

(143) *Processi verbali del consiglio di Stato, del 14 vendemmiale anno X (6 ottobre 1801)* in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 639.

(144) *Processi verbali del consiglio di Stato. Sessione del 26 fruttidoro anno IX* (13 settembre 1801) in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 420.

(145) Si adotta l'espressione scelta da Jean-François Niort (NIORT, *Homo civilis*, I-II, cit.) come titolo per il suo lavoro.

sprudenza francese (146), e su cui è tornato, in tempi più vicini ai nostri ma con ben altri argomenti, Jean Pierre Baud. Anche questo storico francese, recentemente scomparso, aveva provocatoriamente denunciato nella lunga tradizione civile la « disincarnazione dei rapporti umani » (147). Una rimozione del corpo provocata, a suo avviso, dall'adozione del modello romanistico, che portava a postulare la « persona giuridica », un assioma dalla dirompente semplicità, e a tralasciare però fuori dalla competenza del diritto civile il corpo inteso come *res sacra* (148).

Non vi è dubbio che i codificatori francesi posero al centro del loro interesse l'uomo nelle sue relazioni negoziali, lasciando alla disciplina di altre sfere molti rapporti che non furono considerati "astrattamente" giuridici. Si trattò di un'impostazione, esito di un

(146) SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., p. 20. Il suo giudizio, come è noto, è tradizionalmente condiviso. « L'homme, dans le C.C., est traité essentiellement comme une volonté: ce n'est pas un corps, un être de chair, sujet à des faiblesses, en proie à des besoins, écrasé par des forces économiques; c'est une volonté toujours forte, éclairée, tendue vers un but, et libre. Le mariage se forme par la volonté (a. 146), la relation sexuelle (la copula carnalis) n'y retrouve pas la place que lui avait reconnue le droit canonique; la responsabilité suppose la volonté; l'accord de deux volontés, le contrat, est rapproché de la loi (a. 1134), comme par un souvenir inversé du Contrat social » J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, Paris Coll. Thémis, I, *Introduction. Les personnes*, 16 éd., janvier 1987, p. 74.

(147) BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., p. 95.

(148) Nel suo avvincente lavoro Baud, con l'insistere sulla non assimilabilità storica della nozione di persona con quella di individuo (pensato come unità naturale di corpo e anima), ha posto l'accento sul pragmatismo che avrebbe consentito ai giureconsulti romani di attribuire, almeno in via potenziale, ad ogni uomo, considerato come identità puramente civile, una forma più o meno sviluppata di personalità giuridica. Nel modello romano il corpo, considerato quale *res*, sarebbe stato così distinguibile dalla "persona fisica". Una "cosa", dunque, rientrante però, nel caso dell'uomo libero, nel regime delle sacralità, fuori dalla competenza del diritto civile. Da una diversa angolazione, sul pragmatismo che avrebbe consentito ai giureconsulti romani di attribuire, almeno in via potenziale, ad ogni uomo il carattere di persona cfr. le osservazioni di Emanuele Stolfi sulla « reificazione imperfetta » degli schiavi. Sul punto anche di recente il suo *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 139-172. Questo studioso sottolinea però come la saldatura tra persona e diritti sia sostanzialmente estranea alla tradizione romana, nella riflessione antica.

lenta evoluzione nata già nella stessa società di stati (149), che concorse ad approfondire la distinzione tra l'uomo (naturalisticamente inteso e privo di specifici connotati giuridici) e la persona giuridica (centro di imputazione di diritti) (150). Tale approccio non impedì tuttavia di proseguire quel complesso processo di sintesi, in chiave puramente soggettiva, tra corpo e persona fisica (intesa come soggetto di diritto fornito di una piena esistenza corporea, la personalità umana) che sarà portato a termine dalle riflessioni classiche della dottrina pandettistica tedesca (151).

Ciò che in questa sede si vuole sottolineare è proprio quella precisa visione empirica, meccanicistica, utilitaristica e in fondo materialistica della natura umana che ha in parte contribuito a forgiare una così complessa e unitaria astrazione e che ha dato al codice civile francese il suo « genuino marchio d'origine » (152). Un'immagine dell'uomo sostanzialmente pulsionistica e sensistica che, come hanno messo in luce soprattutto le ricerche di Xavier Martin, i giuristi napoleonici prendono a prestito e reinterpretano a loro modo dagli *idéologues* (153).

Un modello antropologico dunque che vuole l'uomo congenitamente un essere sensibile e che coincide perciò con la produzione di un corpo nuovo.

---

(149) P. CAPPELLINI, *'Status' accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale'*, in ID., *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 49-109.

(150) Sul determinante apporto della rivoluzione francese alla costruzione di un nuovo discorso della cittadinanza (incentrato non più sulla pluralità di condizioni soggettive differenziate e gerarchizzate tipico della società medievale, ma su uno *status* unico e uniforme) cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; ID., *Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

(151) M. BESSONE-G. FERRANDO, *Persona fisica* (dir. priv.), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 193-223; G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia* (diritto medievale e moderno), in *Digesto IV* (discipline privatistiche), Torino, Utet, 1995, pp. 457-527, in particolare 460-484; V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, 430-444, e la letteratura citata.

(152) SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., p. 9.

(153) Cfr. X. MARTIN, *Nature humaine et Code Napoléon* in « Droits », 2, 1985, p. 117 e ss.; ID., *Nature humaine et Révolution française: Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère, DMM, 2002; ID., *Régénérer l'espèce humaine: Utopie médicale et Lumières (1750-1850)*, Bouère, DMM, 2008.

Le linee di confine del corpo, se facciamo nostre le acquisizioni della antropologia, non sono date infatti una volta per tutte, ma al contrario sono mutevoli, soggette a trattative, dipendenti dal contesto di valori, doveri, aspettative di una data società (154). Che la cultura borghese non significasse « liquidazione del corpo e rimozione della sessualità » è del resto la felice intuizione di Michel Foucault: « "la filosofia spontanea" della borghesia non è così idealista né castratrice come si afferma; una delle sue prime preoccupazioni, in ogni caso, è stata di darsi un corpo e una sessualità, di assicurarsi la forza, la perennità, la proliferazione secolare di questo corpo » (155).

Ed è, in tal senso, l'interiorità dell'essere umano come « "lieu" des pensées et des sentiments » ad offrirsi quale nuovo spazio fisico accessibile all'investigazione (156). "Il morale" non è che una sfaccettatura, un'estensione, uno stadio di sviluppo del "fisico", ed è rispetto a questa interna effigie umana che i professionisti del diritto mostrano di avere adottato il modello epistemologico scientista. È intrigante così udire le parole con cui, a proposito del consenso genitoriale per il matrimonio dei figli minori, il grande oratore del governo, Portalis, sviluppa l'accenno montesquieuano per spiegare il processo di accrescimento umano: « le forze del corpo sviluppansi più rapidamente di quelle dell'animo, e l'uomo esiste prima di vivere e quando comincia a vivere non può condurre né governar se stesso » (157). Quella descritta è una trasformazione che implica un'idea di "passività umana"; evoca una fisicità che ha, tuttavia, in sé

---

(154) D. Le Breton, *Antropologia del corpo e modernità*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2007.

(155) M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2004, p. 112.

(156) X. Martin, *Lumières françaises et intériorité humaine*, in « Archives de philosophie du droit », XLIV (2000), pp. 273-283.

(157) J.E.M. Portalis, *Esposizione dei motivi*, in Locré, *Legislazione civile*, cit., II, p. 508. È chiaro il riferimento a Charles de Secondat, baron de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, lib. XXIII, cap. II: « i loro figliuoli sono dotati di ragione, ma questa viene in essi gradatamente; non basta nutrirli, [...] ma bisogna anche guidarli, poiché quando pur potessero vivere, non potrebbero ancora governarsi », (ed. italiana utilizzata: *Lo spirito delle leggi con annotazioni di Antonio Genovesi*, III, Per Giovanni Silvestri, Milano, 1838, p. 5).

molte potenzialità, dal momento che l'uomo divenuto "capace" è « di tutta la natura animata il solo essere nel tempo stesso sensibile, intelligente, ragionevole » (158).

Come il medico, il legislatore deve conoscere perciò questa sua speciale e integrale costituzione fisiologica e considerare i suoi caratteristici conflitti. Egli deve però, altrettanto scientemente, stabilire una nuova distanza con tale complessa materialità e imporre al proprio intervento precise cautele e prudenti limiti, perché — l'approccio è chiaramente connotato da una sensibilità cristiana filtrata in modo particolare (anche se non esclusivo) dall'influenza giansenista — « la legge non potrebbe assolutamente impedire tutte le debolezze » (159).

Il matrimonio è « nature en action », secondo l'efficace espressione che Cambacérès adopera dinnanzi al Consiglio dei Cinquecento (160). Il legislatore deve certo combattere gli innaturali vizi, ma deve farlo più che con la violenza, con modi « doux et insensibles » (161). A fronte di ciò, sebbene lo sguardo sia privo di ammirato stupore per la condizione umana, è espressa la fiducia, in realtà abbastanza fragile, che a orientare e correggere i più bruti e primitivi istinti possa subentrare, nell'*homo civilis* « cultivé, poli, "humain" » (162), con più efficaci risultati, l'adesione docile e volontaria alle convenienti regole della vita sociale. I costumi privati possono cioè dare sufficiente garanzia per il sano governo della famiglia nell'interesse sociale.

La parte più intima della vita coniugale deve così fuggire alle disposizioni del diritto, essa del resto rimane sempre incoercibile a qualunque potere pubblico. La coppia legittima, con la sua sessualità regolare e in un ambiente sano, tende inoltre, secondo tale concezione, a funzionare spontaneamente. Vuole essere libera nei suoi desideri, nei suoi progetti, nelle sue affezioni, laddove invece la

---

(158) L.-G. de Bouteville du Metz, *Discorso pronunziato nella sessione del 26 ventoso anno XI (17 marzo 1803)*, in Locré, *Legislazione civile*, cit., II, pp. 539-540.

(159) Demolombe, *Corso del Codice civile*, cit., II, p. 173.

(160) Cfr. il discorso preliminare sul III progetto, in Fenet, *Recueil complet*, cit., I, p. 154.

(161) Ivi, p. 155.

(162) Niort, *Homo civilis*, I, cit., p. 19.

forzosa necessità la irrita e inasprisce. A essa dunque deve essere riservata una maggiore discrezione: il dovere coniugale, la capacità di assolverlo, la sua fecondità o la maniera in cui lo si rende sterile, la sua frequenza e la sua rarità non possono più essere oggetto di prescrizioni normative. Occorre del resto promuovere un circolo virtuoso: « l'intimità delle famiglie [...] serva d'asilo al pudore » (163).

Anche chi legge e traduce in quegli anni le opere francesi concorda con questo fondamentale assunto. È il caso del corcirese Giorgio Ricchi, segretario del Consiglio di Stato del Regno d'Italia, che nell'annotare il testo di Maleville scrive: « Le leggi prese in istretto senso non riducono mai gli uomini tali quali si vogliono ridurre. Questo prodigio è riserbato alle morali istituzioni adottate da una nazione intera senza che sieno imperiosamente prescritte » (164).

Solo l'esperienza del secolo XX metterà allo scoperto l'estrema difficoltà di ottenere per tali vie l'efficace sottomissione di un così complesso soggetto. Per realizzare l'ambizioso progetto, "l'infallibile ragione pubblica" interverrà prepotentemente sul tradizionale « negozio di ragion privata » (165).

Si tratterà di un ulteriore e radicale sviluppo della prospettiva biologista, quella stessa deriva che proprio in materia matrimoniale, per i progressi della medicina e le esigenze di ordine collettivo, era stata avvertita da Filippo Vassalli nel suo celebre saggio, e la cui crescente forza egli aveva sottolineato in altri suoi contributi (166).

Come fatto cenno, il regime nazista il 6 luglio del 1938 riformò

---

(163) J.C. Gillet, *Rapporto fatto al tribunato nella sessione del 23 ventoso anno XI (14 marzo 1803)*, in Locré, *Legislazione civile*, cit., II, p. 531.

(164) G. Ricchi, *Analisi ragionata della discussione intorno al codice civile del sig. di Maleville*, Milano, Tipografia di Francesco Sonzogno, 1806, II, p. 13 nota.

(165) F. Vassalli, *Diritto pubblico e diritto privato* in *Studi giuridici*, I, *Studi di diritto matrimoniale*, Roma, Società ed. del "Foro italiano", 1939, p. 212.

(166) Ivi, p. 205: « Le possibilità più eccitanti e più inquietanti si profilano nell'orizzonte di una civiltà fornita delle conoscenze biologiche che verosimilmente saranno conquistate nei prossimi decenni... Non si può negare che lo stato del diritto nella materia famigliare è piuttosto primitivo: tutta la biologia vi appare con le antiche norme sull'età, la parentela e la impotenza, sul termine medio di gestazione e il lutto vedovile. I compiti più gravi e più complessi [...] inducono la previsione d'una disciplina giuridica sempre più profondamente e più nettamente informata ad esigenze d'ordine collettivo ». Su questo intervento cfr. E. De Cristofaro, *Codice della perse-*

la disciplina matrimoniale per adeguarla alla sua spietata ideologia. Il valore di un'unione coniugale non doveva essere più misurato dagli interessi dei coniugi, ma valutato in base alla sua importanza per la « comunità del popolo ». Furono ammessi, perciò, come nuovi legittimi motivi di divorzio: il tradimento, l'amoralità, la perturbazione psichica, la grave infermità mentale, la presenza di malattie contagiose e ripugnanti, l'incompatibilità razziale e le deficienze eugenetiche, tre anni di separazione di fatto, il rifiuto della procreazione e l'uso ingiustificato di mezzi antifecondativi, la sterilità del coniuge (167). L'adempimento del dovere coniugale usciva dunque dal riparo dell'intima sfera coniugale e della scelta individuale per tornare espressamente al centro delle prescrizioni di un macabro diritto.

Il fascismo accolse il principio cattolico dell'indissolubilità del matrimonio, e rinunciò perciò a legiferare in tema di divorzio, ma le istanze profilattiche e popolazionistiche ebbero una notevolissima influenza non soltanto nella politica perseguita per il sostegno della natalità, ma anche in sede di discussione di alcuni emendamenti al codice civile in materia matrimoniale. Nell'introdurre espliciti divieti, anche in risposta alla odiosa questione razziale, gli interventi sulle relazioni matrimoniali si caratterizzarono per l'adozione di caratteri meno rigidi sul piano biologico (168), ma che non esclusero tuttavia di guardare anche ai rapporti sessuali. Nonostante l'opposizione della Chiesa Cattolica formalizzata con l'Enciclica *Casti Connubii*

---

cuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 263-265.

(167) Sulla legge « zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet » del 6 luglio del 1939, su cui si sofferma lo stesso Vassalli (*Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 205 e ss.) cfr. G. Czarnowsky, "*The Value of Marriage for the Volksgemeinschaft": Policies towards Women and Marriage under National Socialism*, in *Fascist Italy and Nazi Germany: Comparison and Contracts*, a cura di R. Bessel, Cambridge, University Press, 1996, pp. 107-108; C. Koonz, *Donne del terzo Reich*, Milano, Giunti, 1996, pp. 203-204.

(168) Per una comparazione delle due diverse ideologie nazista e fascista al riguardo cfr. De Cristofaro, *Codice della persecuzione*, cit., pp. 211-240.

del 1930, fu infatti vivissimo il dibattito intorno ad un controllo sanitario pubblico della funzione matrimoniale (169).

Ma la priorità biologista non tardò ad influenzare, seppure con toni ben diversi e lontano da quelli aggressivi delle esperienze totalitarie, anche il celebre modello francese. Il processo fu nitidamente messo a fuoco dal già citato René Savatier nella seconda edizione del suo volume *Le droit, l'amour et la liberté*. Nei primi anni sessanta del secolo scorso, nel ripubblicare in una versione intregata il suo testo del 1937, il giurista francese indicava tutta una serie di misure in materia di divorzio con cui il legislatore nazionale, sin dai tempi di Vichy, aveva cominciato a mettere da parte quella che, secondo il celebre giurista, era la concezione dell'"uomo disincarnato" propria del codice (170). Il cattolico Savatier dichiarava, con un certo orgoglio, che gli interventi erano simili a quelli da lui proposti nella prima edizione del suo lavoro (171), ma con rammarico constatava che questi erano stati adottati nell'interesse dello Stato a tutela della sua potenza numerica e qualitativa (172). Nel volumetto inseriva infine un ultimo capitolo dedicato all'*eugénisme.* Il diritto divideva ormai con la morale e la sociologia il privilegio di « prendere seriamente in carico l'amore e la libertà » (173). A detta del giurista francese — che rielaborava alcune considerazioni degli anni precedenti (174) — « questo monopolio era iniziato e la legge non avrebbe potuto più far finta di ignorare, in questo settore, l'eugenetica » (175). Contro il rischio di un terribile diritto autoritario, egli si soffermava sulla necessità di promuovere un diritto *volontaire* (176). Per assicu-

---

(169) La politica di promozione delle nascite perseguita dal regime e promossa dalla Chiesa Cattolica insieme alla valorizzazione della castità coniugale mostra però una comune priorità biologica, cfr. C. MANTOVANI, *Rigenerare la società. L'eugenetica in Italia dalle origini ottocentesche agli anni trenta*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, pp. 207-345.

(170) SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., pp. 12-40.

(171) Ivi, p. 48.

(172) Ivi, p. 16.

(173) Ivi, p. 195.

(174) R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (1948).

(175) SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., p. 195.

(176) Ivi, p. 206.

rare la "responsabilità eugenetica della coppia generatrice" si sarebbe dovuto così « rendere all'uomo la sua libertà » (177). Agli educatori e ai medici sarebbe spettato fornire un'educazione sessuale ai futuri genitori; la legge avrebbe dovuto solo favorire le istituzioni di orientamento matrimoniale, i consigli di pianificazione familiare e promuovere l'adozione; la morale avrebbe dovuto, contro gli artifici della medicina, raccomandare l'astinenza (178).

Ancora una volta sotto gli occhi del legislatore, un "biotipo" umano mosso da istinti fisiologici contrastanti che però, nell'interesse comune, poteva essere educato attraverso un moderato diritto alla "responsabilità dell'amore" (179).

Come abbiamo visto, non si trattava di un linguaggio e di una prospettiva completamente nuovi.

Già nei decenni che avevano accompagnato la nascita del *Code Napoléon*, dietro un nuovo assemblaggio ideologico della corporeità umana e nella sempre più matura consapevolezza della sessualità come punto di congiuntura tra corpo individuale, da disciplinare nelle sue pulsioni psichiche e fisiche, e corpo della popolazione, nella sua valenza economica e biologica, erano diventati più compiuti il carattere di ordine pubblico della legislazione matrimoniale e la sua vocazione, anche solo potenzialmente, totalizzante.

Lo ricorda il rapporto di Jean-Claude Gillet, del lontano 1803, sul progetto definitivo di codice: « il più grave ed il più esteso » interesse che il contratto matrimoniale racchiude è infatti proprio la popolazione, « l'uno dei primi bisogni dello Stato senza dubbio » (180). Al « saggio legislatore » francese — che consultava sempre il fisico per dare la propria norma — tale consapevolezza aveva suggerito di considerare la sola tutela dell'« integrità del consenso » e di tralasciare tutti gli altri riferimenti corporei, primi fra tutti i cenni alle relazioni sessuali e al debito coniugale. « In uno stato florido la propagazione non esige altro incoraggiamento dal legislatore che quello di non essere impedita. Su questo importante oggetto il progetto proposto ha molti vantaggi sull'antica giurispru-

(177) Ivi, p. 207.
(178) Ivi, pp. 206-217.
(179) Ivi, p. 207.
(180) GILLET, *Rapporto*, cit., in LOCRÉ, *Legislazione civile*, cit., II, p. 531.

denza, non tanto per le disposizioni che contiene, quanto per quelle di cui non ha dovuto far menzione » (181).

Nonostante il silenzio, la "metamorfosi del diritto civile" era dunque già iniziata molti anni prima.

(181) Ivi, p. 531.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

ESTRUCTURA ESTATAL, ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL E IDEOLOGÍA EN TIEMPOS DE CRISIS. EL CASO DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN ESPAÑA (1812-1931) (1)

1. Naturaleza constitucional e instrumentalización política. — 2. Los orígenes: el "justo equilibrio" entre la autoridad del Gobierno y la libertad individual. — 3. Las Diputaciones provinciales en el modelo económico de la Monarquía doceañista: Imperio de la Ley, Fomento y Librecambismo. — 4. Uniformidad, autonomía y representación. El fantasma del federalismo y la Constitución histórica. — 5. El Trienio: despliegue de las Diputaciones provinciales y consolidación de las bases del liberalismo progresista a este respecto. — 6. Las bases ideológicas moderadas: Sufragio censitario, propiedad y dependencia del Ejecutivo. — 7. Las bases ideológicas progresistas: representación, derechos y utilidad. El "poder administrativo". — 8. La radicalización de posturas: el proceso constituyente de 1836-37. — 9. La disyuntiva: tutela o sumisión. Las Diputaciones en la Constitución ultra-moderada de 1845. — 10. La doctrina administrativa. El posicionamiento ideológico de los juristas. — 11. Las "Crisis de rectificación": centralismo — pero no tanto — y reincidencia. — 12. La Gloriosa y la aplicación de los principios del liberalismo radical. Diputaciones y Administración activa. La solución federalista del Sexenio. — 13. El Estado no activista: recuperación del "principio de autoridad". Reacción social y "municipalismo". — 14. Crisis del Estado y reacción doctrinal. Azcarate, Posada, y la "cuestión regional". — 15. La respuesta de los juristas a caballo entre dos siglos y su influencia en la legislación de la I Dictadura. La influencia de las nuevas corrientes administrativistas. — 16. La II Republica. Estado integral y expulsión de las Diputaciones del texto Constitucional.

---

(1) En el transcurso de los últimos meses, y a causa, aunque no sólo, de la agudización de la crisis político-económica que se viene arrastrando en Occidente desde años atrás, ha vuelto resurgir con fuerza un asunto que, ciertamente, parece consustancial a la organización territorial estatal desde los orígenes del constitucionalismo moderno en España, por más que, desde su nacimiento, se viera afectado por debates dialécticos de naturaleza más político-ideológica que jurídico-constitucional. Se trata, como se indica en el título, de las Diputaciones provinciales, cuya bondad y competencias fueron motivo de enfrentamiento entre progresistas, por un lado, y moderados y conservadores, por el otro, a lo largo del siglo XIX hasta la II República (1931-1939).

Instrumento considerado básico de la Administración Pública, solícitamente cui-

1. *Naturaleza constitucional e instrumentalización política.*

Con la taxativa prescripción de que « (e)n cada provincia habrá una Diputación Provincial, para promover su prosperidad, presidida por el Jefe superior », el artículo 324 de la Constitución de 1812 instauraba oficialmente las Diputaciones provinciales en España. Durante los meses de julio, sobre todo, pero también agosto de 1931 — es decir, tras la elaboración del Anteproyecto y redacción Proyecto de la que sería Constitución de la II República española —, un número no desdeñable de Ayuntamientos elevaron concluyentes escritos al Presidente de las Cortes Constituyentes en las que se pedía su inmediata desaparición. Las razones que esgrimían eran la corrupción, la emisión indiscriminada de impuestos insoportables

---

dado por las dos Dictaduras del siglo XX, todos los textos constitucionales españoles, a excepción del Proyecto federalista de 1873 y la de 1931 — es decir, los correspondientes a las dos Repúblicas —, la recogen en su articulado, incluida la actual de 1978. Aunque, como es obvio, los principios, así como sus fines, son completamente diversos como ponen de manifiesto las diferentes leyes que desarrollan el dictado constitucional en estos extremos, no deja de ser elocuente que, justamente en estos momentos, se abogue por su desaparición, en aras de la "austeridad presupuestaria", desde las filas y simpatizantes de los partidos de Izquierda, generando una disputa que ha trascendido a las más altas instancias. En este sentido, el mérito de cuestionarse, en la actualidad, por vez primera su mantenimiento corresponde, en este medio, al Ministro del obras Públicas del anterior Gobierno socialista, cuyo testimonio es especialmente relevante como titular que era una de las materias más características de las que tradicionalmente competían a dichas instituciones u organismos. Más recientemente, y ya en sede parlamentaria, era el propio Presidente del Gobierno quien teorizaba sobre las mismas con la líder de uno de los partidos de la oposición. Y este episodio parece ser, de hecho, el punto de partida para que los medios de la derecha, que siempre defendieron con entusiasmo la presencia de la corporación, se hagan eco y presten atención al controvertido asunto. Vid la edición digital de *El Mundo.es* de 21/08/2011, « Las Diputaciones provinciales en el punto de mira » en la sección "Política"; y *ABC*.es de 11/07/2012, « Diez vs Rajoy ¿Cuándo nacieron las Diputaciones provinciales en España? ».

Este trabajo, que no surge de una visión oportunista sino de la consulta del expediente de la elaboración de la Constitución de 1931, pretende un acercamiento al significado de estas Instituciones en la articulación territorial de los diferentes modelos estatales del moderno constitucionalismo español hasta 1931, las causas de su nacimiento y permanencia y, en la medida de lo posible, buscar una explicación a su desaparición en la Carta Magna de las etapas republicanas. Será sólo un esbozo, apenas una aproximación, a un tema que requiere una dedicación más prolija y profunda. En realidad, ni siquiera se presenta como introducción sino, más bien, como un planteamiento de sugerencias para un posible y deseable análisis más hondo.

para los municipios y haberse convertido en "cuerpos inútiles" y malversadores. En el transcurso de los 120 años — salvo, como es obvio, en los periodos absolutistas y en la Constitución federalista de 1873 — que median entre ambas fechas, Constituyentes, Legisladores y Gobiernos de todos los signos consideraron a estas corporaciones elementos incuestionables de la Administración territorial. Aunque, como expone el siempre sagaz administrativista Alejandro Nieto, « no alcanzarían su mayoría de edad hasta 1843 y nunca disfrutarían posteriormente de una vida tranquila », toda la normativa, desde las Constituciones — donde disponen de un título especial en el que la Administración local y provincial aparecen unidas pero diferenciadas en capítulos autónomos — hasta la legislación especial — no muy cuantiosa, si bien extremadamente ilustrativa —, enfatizan esta característica.

Su naturaleza constitucional no desmerece el propósito político para el que nacieron, y del que ya fueron muy conscientes los participantes en el Debate parlamentario gaditano. No obstante, es asimismo innegable que fueron objeto de manipulaciones y "malas prácticas" que, como continúa afirmando el mencionado jurista, ponen de relieve confrontaciones, en ocasiones virulentas, a través de las cuales se expresaba una « cuestión política descarnada que hace de las provincias su campo de batalla preferido » (2). Desde luego, su dependencia del Gobierno y las competencias, sobre todo fiscales y en la elaboración del censo de población y participación en las listas electorales, facilitaban cuanto se acaba de exponer. Del mismo modo que, tanto su composición como la selección de una parte de sus miembros, revelan sus íntimas conexiones con un asunto tan esencial como la representación, vinculada, por los menos hasta la Gloriosa de 1868, a cuestiones ideológicas y programáticas de los partidos políticos. De ahí que las decisiones adoptadas en Consejos de Ministros, transmitidas desde el Ministerio — Gobernación — del que dependían, son, en ocasiones, incluso más relevantes para su funcionamiento que la propia legislación especial. Y esto, precisamente,

---

(2) Alejandro NIETO GARCÍA, *Las diputaciones provinciales en el último periodo doceañista*, en A. NIETO GARCÍA, E. ORDUÑA REBOLLO y M. SALVADOR CASTRO, *El bicentenario de las diputaciones provinciales (Cádiz 1812)*. Madrid, Fundación Democracia y Gobierno local, 2012, p. 11 y ss., pp. 14-15, cuya consulta se recomienda.

es lo que, desde antes incluso, pero sobre todo desde finales del siglo XIX, llevó a algunos sectores sociales y doctrinales a cuestionar su existencia y pedir su desaparición. Por esta razón, ponerlas en contacto con la difícil y compleja cuestión de la organización administrativa territorial española y, por consiguiente, con el propio modelo estatal, parece una exigencia prioritaria en cualquier análisis.

Contempladas desde esta perspectiva, las Diputaciones Provinciales poseen una existencia más conflictiva que los Ayuntamientos debido a su composición y campo de actuación, aún a pesar de que sus fines — en los inicios, potenciar las actividades de "fomento" en conformidad a la muy ilustrada concepción de policía, y hacia finales del XIX, ya claramente las de "servicio público" — coincidían en gran medida. En este sentido, el estudio de estas instituciones contribuye a esclarecer uno de los problemas permanentes que acompañan la evolución del constitucionalismo moderno en España a lo largo de los dos últimos siglos. Es decir, a la estructura territorial estatal asentada, durante el siglo XIX, en el así llamado principio de uniformidad y, desde el primer tercio del XX, en el de solidaridad. Porque ya se observen desde los parámetros de las teorías del Estado como desde los de la Constitución, en el periodo que aquí interesa y aún después, las Diputaciones provinciales se presentan como una suerte de laboratorios excepcionales para llevar cabo "experimentos" que, en especial en momentos crucialísimos, superan los aspectos estrictamente administrativos y entran de lleno en el terreno de las ideologías.

En los siguientes epígrafes, se intentarán esbozar algunos rasgos y señalar de una manera sumaria los problemas que, desde este punto de partida, pueden resultar más relevantes.

2. *Los orígenes: el "justo equilibrio" entre la autoridad del Gobierno y la libertad individual.*

La doctrina jurídica, a excepción de puntualísimas excepciones, y legisladores coincidían en considerar a las Diputaciones Provinciales como una institución u corporación ideada para situarse al frente de una creación artificial cual es la provincia. En este horizonte, se sitúan en un plano muy diferente al municipio — considerado una institución *natural* y que reconocerá un resurgimiento notabilísimo a finales del

siglo XIX coincidiendo, y no por acaso, con el incremento de críticas hacia las mismas — y al propio Estado. Se trata pues de una *invención*, como explicaba Agustín de Argüelles cuando el 7 de noviembre de 1811 procedía a leer ante las Cortes Constituyentes la tercera parte de *Discurso Preliminar* al Proyecto de Constitución que comenzaba, precisamente, por este tema. En su función de portavoz de la Comisión de Constitución, el Diputado expresaba que, en este caso, se trataba de « aplicar los principios reconocidos en las dos primeras partes de la Constitución — donde « habían quedado sentadas las bases de la libertad política y civil de los españoles » — arreglando el gobierno interior de las provincias y de los pueblos conforme á la índole de nuestros antiguos fueros municipales » (3).

Aparecía así el recurrente, para el liberalismo gaditano, irrenunciable principio de la Constitución histórica o antigua, sobre la que tanto se había escrito desde finales del siglo XVIII desde Jovellanos a Martínez Marina. Un principio éste que, en este como en otros aspectos, complementa el que para buena parte de la historiografía y la doctrina jurídica, en particular la administrativista, es el principal y único ascendiente: la influencia francesa. Creo, sin embargo, que aunque el modelo de los Departamentos, prefecturas y prefectos parece sobrevolar la división provincial, las Diputaciones y los Jefes políticos, es asimismo necesario prestar atención a otros dos aspectos. El primero de ellos está vinculado al firme propósito de aplicar de la manera más rigurosa dos de los elementos esenciales del Constitucionalismo moderno: por un lado, el dogma de la separación de poderes, que esta Constitución — al igual que la federalista de 1873 — intentó reflejar de una manera los más fidedigna posible; y, por el otro, la protección de la libertad de comercio y de la propiedad, el más sagrado derecho del liberalismo inicial. El segundo de los aspectos aludidos se relaciona con el influjo de aquella muy lata concepción de matriz ilustrada de Administración pública; una idea que abarcaba desde los "ramos" hacendístico y orden público hasta los de fomento y beneficencia,

(3) "Discurso Preliminar" apud *Constitución política de la Monarquía española Promulgada en Cadiz á 19 de marzo de 1812 precedida de un Discurso preliminar*, leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella. Madrid, Imprenta Nacional, 1820 p. 92. Uso la versión en línea de la Biblioteca Cervantes Virtual.

cuya implementación se venía reivindicando desde las postrimerías del siglo anterior (4).

Las palabras del *Discurso Preliminar* al respecto son inequívocas (5). Naturalmente, la acepción sufrió el filtro de la interpretación "revolucionaria" doceañista, pues, como explícitamente expuso Argüelles en aquella ocasión, la Comisión "meditó" la forma de encontrar el "justo equilibrio" entre « la autoridad del Gobierno, como responsable del orden público y la seguridad del Estado y la libertad de que no pueda privarse a los súbditos de una nación de promover por sí mismos el aumento y mejora de sus bienes y propiedades » (6). De esta manera, aunando la base, por así decir, democrática que inspiró a los liberales gaditanos y los principios individualistas y librecambistas, aquellos constituyentes, empeñados en lograr « la prosperidad de los pueblos », arbitraron una solución que pasaba por la aludida creación de una institución cuyo ámbito de actuación fuera más amplio que el municipal. Una institución que tenía, a través de su composición y atribuciones, la misión fundamental de implantar el modelo evitando, al mismo tiempo, las diferencias y discriminaciones entre poblaciones.

La decisiva importancia que para aquellos constituyentes revestían a estos efectos está acreditada no sólo por los "juicios de intenciones" del *Discurso Preliminar* sino, fundamentalmente, por la prolija regulación orgánica y funcional recogida en el texto constitucional. De la misma manera que el propósito de llevar hasta sus últimas consecuencias la aplicación del principio de soberanía na-

---

(4) P. ej. León de ARROYAL, *Cartas económico-políticas* (con la segunda parte inédita), Oviedo Universidad de Oviedo, 1971. En especial carta 5ª de la Segunda parte; Francisco CABARRUS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública* (1795), Madrid, Fundación Banco exterior, 1990; Antonio de CAPMANY Y DE MONTPALAU, *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona* (1779-92), Cámara oficial de comercio y navegación, 1961); del mismo, *Cuestiones críticas sobre varios puntos de historia económica, política y militar*, Madrid, Imprenta Real, 1807.

(5) « [E]l régimen económico de las provincias debe quedar confiado á cuerpos que estén inmediatamente interesados en la mejora y adelantamiento de los pueblos de su distrito », *Discurso preliminar*, p. 98.

(6) « El Gobierno ha de vigilar escrupulosamente la observancia de las leyes [...] mas para mantener y tranquilidad de los pueblos no necesita introducirse á dirigir los intereses particulares con providencias y actos de buen gobierno ». Ivi, p. 99.

cional tal y como ellos la entendían, y la consecuente representación política, está respaldado por la prescripción de que los miembros electos de las Diputaciones fueran elegidos por un procedimiento similar a los representantes en Cortes. El fin, prioritario, de hacer arraigar el sistema, y con él aquel auténtico "gobierno de Asamblea" que se practicaba (7), se garantizó con el nombramiento como presidente de las mismas al Jefe Político.

Sin embargo, la composición, el hecho de que los miembros, a excepción de los específicamente designados por el Gobierno, fueran electivos, en unión de la abundancia de atribuciones y el marco espacial en las que debían ejercerse, suscitó recelos en un sector de los representantes en Cortes que vieron en la corporación una amenaza. Algunos Diputados, en efecto, percibieron en esta articulación y regulación de lo que, en expresión ciertamente descriptiva, se denominó « Gobierno político y económico de los pueblos », un federalismo encubierto, algo que ni siquiera los más radicales estaban dispuestos a aceptar. Es posible que tal opinión fuera más difícil de sustentar, y tal vez ni siquiera se hubiera producido, si no existiera lo que indudablemente fue el principal fallo del Proyecto en esta materia. Esto es, la ausencia de la propia división provincial, que aquellas Cortes, apelando a las excepcionales circunstancias existentes, aplazaron hasta una ocasión más propicia. Este hecho fue determinante y, desde luego, es razonable situarlo en el origen de lo que, en la segunda mitad del siglo, se designó "cuestión regional". O lo que es lo mismo, del específico problema que, con la así llamada "cuestión social", conforma uno de los más sólidos puntales de la crisis finisecular del Estado en España.

3. *Las Diputaciones provinciales en el modelo económico de la Monarquía doceañista: Imperio de la Ley, Fomento y Librecambismo.*

De esta manera, las críticas y la desconfianza rodearon la presentación de uno de los propósitos más inmediatos y revolucionarios a alcanzar: el progreso y la recuperación económica nacional

(7) Ignacio Fernández Sarasola, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

mediante reglas destinadas a la organización del Gobierno económico-político de las provincias. Es importante detenerse en la propia denominación ya que, a mi parecer, transmite de manera sobresaliente no sólo el modelo constitucional de la Monarquía doceañista (8), sino, aun más, las principales ansiedades de aquellas Cortes. Como dejó sentado Argüelles en su lectura del 7 de noviembre de 1811, en relación con este tema se trataba de resolver el problema del retraso económico y la más que lamentable situación hacendística española (9), sobre la que se habían pronunciado brillantemente los ilustrados del siglo precedente. A juicio de los redactores, este mal endémico, que tanto habían denunciado los memorialistas de los siglos XVI y XVII, se debía al *austracismo* y despotismo borbónico, cuyas veleidades absolutistas, al eliminar la autonomía en el gobierno económico de los pueblos que remontaron al mismo nacimiento de la Monarquía, habían llevado el país a una decadencia que ni siquiera las reformas durante el reinado de Carlos III habían conseguido detener (10). Para la Comisión de Constitución era más que obvio que la recuperación sólo se podría alcanzar impulsando el gobierno local mediante Ayuntamientos « en toda la extensión de la Monarquía » cuya instauración debía responder a « reglas fixas y uniformes » y cuya « principal base » era « la libre elección de los pueblos ».

A través del « imperio de la ley », el fundamento democrático de la organización política más elemental congeniaba aquí perfectamente con las reglas del primer capitalismo que impedían la intervención estatal en los asuntos de esta índole, como literalmente consta en el Discurso Preliminar (11). No obstante, la sola remisión

---

(8) Sobre el modelo gaditano, sus características, naturaleza y su proyección tanto en España como en el exterior vid el excelente libro de Joaquín VARELA SUANZES, *La Monarquía doceañista (1810-1837). Avatares, encomios y denuestos de una extraña forma de gobierno.* Madrid, Marcial Pons, 2013.

(9) *Discurso*, p. 92.

(10) Javier GUILLAMON, *Las Reformas de la Administración Local durante el Reinado de Carlos III (un estudio sobre las reformas administrativas de Carlos III)*, Madrid, IEAL, 1980.

(11) « [Q]ue las leyes y reglamentos no se mezclen en dar a la agricultura y a la industria universal el movimiento y dirección que sólo toca al interés de los particulares ». *Discurso*, pp. 96-97.

al recurrente argumento de la Constitución histórica sirvió para que, en este caso, el correlativo economicista del individualismo político-social, el no intervencionismo, quedara matizado por el expreso reconocimiento del « justo principio del interés de la comunidad » (12). En otras palabras, el factor económico — destinado al fomento de la agricultura, comercio e industria — y el político, encarnado en el gobierno de las leyes, encontraban sus principales pilares en los Municipios y el Legislativo, a quien correspondía la dirección del gobierno interior a través de las disposiciones normativas y el control de Ejecutivo. Esto es, en los Ayuntamientos y en las Cortes, el primer y principal poder en aquel Gobierno de Asamblea que se practicó en los breves periodos en que la Constitución de 1812 se aplicó en su integridad.

Se trataba, en suma, de una opción coherente con la idea de fomento de los liberales y sus aplicaciones prácticas. Pero su implementación y desarrollo exigían, al decir de los redactores, la creación de *cuerpos* erigidos en conformidad a los dos principios básicos que inspiran esta parte del texto constitucional: libertad del gobierno y libertad individual, que conllevaba el respeto a la voluntad de los individuos y la garantía de su libre ejercicio (13).

Tales cuerpos eran las Diputaciones provinciales, nacidas con el único fin de promover el bienestar y prosperidad de la provincia, una nueva circunscripción territorial, evitando discriminaciones entre los pueblos. Su misma composición (vocales elegidos por los mismos electores y en las mimas fechas que los diputados a Cortes, cuestión esta última sobre las que aquella Asamblea se mostró inflexible (14), por un lado, y, por el otro, el Jefe Político y el Jefe o

---

(12) Ivi, p. 93.

(13) « Conservar expedita la acción del gobierno para que pueda desempeñar todas sus obligaciones, y dexar en libertad á los individuos de la Nación, para que el interés personal sea en todos y en cada uno de ellos el agente que dirija sus esfuerzos hacia su bien estar y adelantamiento ». Ivi, p. 100.

(14) Orden de las Cortes de 6 de marzo de 1813 por la que se anula el nombramiento de la Diputación provincial de Soria: y se manda que la elección de estas Diputaciones ha de hacerse por las Juntas electorales para las Cortes próximas ordinarias. *Colección de Decretos y ordenes que han expedido las Cortes generales y Extraordinarias* (CDOC). T. IV *(desde el 24 febrero de 1813 hasta el 14 de septiembre del mismo año*). Cadiz. Imprenta Nacional, 1813, p. 3.

Intendente de Hacienda como miembros natos), aunaba dos de los principales objetivos, participación ciudadana y control gubernamental, del modelo doceañista. En este sentido, más que en las competencias, es en el reparto de las mismas, incluidas las, por así decir, técnicas del Intendente, donde reside la parte política del Gobierno — « conservar en ejercicio la autoridad del Rey y la aplicación de las leyes y decretos aprobados por las Cortes » — encomendada, sobre todo, al Jefe político con el auxilio del anterior. La económica, atribuida a los "vocales electos", debía realizarse bajo la "inspección del Gobierno".

En realidad, se muestra como una conveniente articulación donde, a partir de la legitimación económica del sistema, se conjugaban armónicamente elementos políticos y administrativos para conseguir el tan ansiado "justo equilibrio". En otras palabras, para los redactores del Proyecto y, con posterioridad, para las Constituyentes, se trataba, de « combinar la acción del Gobierno con el interés de las provincias », como con elocuencia se expresa en el *Discurso Preliminar*, en el marco de un modelo centralista donde el Legislativo es tan determinante que, en realidad, el Ejecutivo-Gobierno, puede considerarse « un apéndice » del mismo (15).

Desde este punto de partida se buscaba, asimismo, resolver una de las más acuciantes cuestiones que planteaba el constitucionalismo moderno: la unidad institucional y territorial a través de la ley. El resultado, sin embargo, fue sustancialmente diferente. Porque, a pesar del innegable, aunque no único, ascendiente francés, la unidad o, en su defecto, la uniformidad, que, en lo que aquí interesa, pasaba por la adopción de medidas político-administrativas orientadas a la creación de las provincias, no se llevó a cabo. A pesar de que se reconoció la perentoriedad de la división del territorio de la Monarquía en este sentido, lo cierto es que, comprensiblemente, incluso la propia Constitución la difirió para una época más propicia (16).

---

(15) *Discurso*, pp. 101-2.

(16) Art. 11 « Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan ». Equivale al art. 12 del *Proyecto*.

4. *Uniformidad, autonomía y representación. El fantasma del federalismo y la Constitución histórica.*

Todos estos aspectos quedaron puntualmente reflejados en el debate en Cortes. Aunque los representantes liberales se esforzaron en encauzar la discusión sobre aspectos técnico-administrativos al definir a las Diputaciones como estrictos « cuerpos económicos-administrativos » (17), cuyo objeto era la « utilidad común de los pueblos » (18) a través de medidas fiscales racionales (19), la propuesta suscitó en la Asamblea críticas e incluso una profunda oposición. Porque por más que, en esa ocasión, el propio Argüelles insistiera en que se trataba de "agentes del Gobierno" — esto es, de un Ejecutivo encabezado por el Rey, aunque sometido al férreo control de las Cortes, ante las que debía rendir cuentas —, un determinado sector encontró conflictivo e inadmisible el « carácter representativo » de los « vocales electos » teniendo en cuenta la extensión y amplitud territorial, o, por expresarlo en palabras de un liberal prominente, el Conde de Toreno, « lo dilatado de la Monarquía ». Para ese sector, en efecto, el hecho, reiteradamente invocado por los liberales más conspicuos, de la aludida articulación Ejecutivo-Legislativo prevista en la Constitución, no era suficiente para conjurar un peligro de consecuencias catastróficas. Con alusiones expresas a Suiza y Estados Unidos, el fantasma del federalismo (20) entraba así en el debate constitucional español en el preciso momento en que se estaban tratando cuestiones relativas al « buen gobierno y administración ».

Es cierto que, en aquel momento, la situación se solventó apelando a cuestiones de trámite o procedimentales como fue la

---

(17) Intervención del Conde de Toreno en la sesión de 12 de enero de 1812, quien también las calificó de « agentes del Poder ejecutivo ». *Diario de Sesiones de la Cortes* (D.S.C.), p. 2608.

(18) Diputado Larrazabal, ivi, p. 2607.

(19) « [M]ediante la intervención y aprobación de contribuciones de la provincia, examinar su inversión (y por ello) han de tener una superioridad de los pueblos de su territorio ». Diputado Zorraquín, p. 2011.

(20) Diputado Mendiola, 13 de enero de 1812. Alusiones en contra del Diputado Aner, con menciones a Suiza (ivi, p. 2609) y Toreno (ivi, p. 2608), a Estados Unidos.

exigencia del perfeccionamiento « del sistema administrativo de las provincias », comenzando por definir « la provincia » (21). Pero también lo es que el "federalismo" — relacionado en aquel entonces con el número de diputados provinciales electos, cuya cantidad se pedía determinar, e incluso restringir, y la extensión territorial — anunciaba un problema que, aunque permaneció latente durante buena parte del XIX, fundamentalmente por rumbo que siguieron los Gobiernos moderados hegemónicos a lo largo de la centuria, renacería con fuerza en la recta final del siglo a través de la "cuestión regional". Ni siquiera la aguda observación, formulada por uno de los más conspicuos oradores de aquella asamblea parlamentaria, acerca de las diferencias entre ese sistema y lo que calificó de « provincianismo », apaciguó la controversia (22).

Aún así, es decir, a pesar de esa oposición y de la ausencia de una división provincial, la Constitución de 1812 dedica un capítulo y un número considerable de artículos a regular prolijamente las Diputaciones (23). Y un año después, la Instrucción de 23 de junio de 1813 de homónimo titulo desarrollaba los preceptos constitucionales aplicados a los gobiernos municipal y provincial (de unas provincias que aun no se habían conformado). El capítulo II, dedicado íntegramente a las Diputaciones, establecía las reglas para la aplicación de sus facultades fiscales, en el terreno de las inversiones y en la intervención de las cuentas municipales, incidiendo especialmente en su capacidad para crear nuevos ayuntamientos auxiliando al Jefe Político. Y, sobre todo, se les conminaba a proceder de forma inmediata a la redacción de un « censo y estadística con la mayor exactitud » que debían « remitir periódicamen-

(21) El diputado Castillo en la sesión del 13 de enero de 1812: « es indispensable fijar el sentido en que se toma aquí la palabra provincia, porque está sancionado que en cada provincia habrá una Diputación provincial ». DSC, p. 2617.

(22) Se trata del diputado Aner en la misma sesión, al exponer que el « provincianismo » sólo puede buscar el beneficio de la provincia en perjuicio del general de la Nacion. DSC, p. 2618.

(23) El capítulo II del Título VI: « Del gobierno interior de las provincias y de los pueblos ». Y, desde luego, no es superfluo recordar que mientras el capítulo I se titulaba « De los Ayuntamientos », el II « Del gobierno político de las provincias y de las diputaciones provinciales ».

te al Jefe Político como representante del Gobierno » (24). En conjunto, suponían una amplia gradación de competencias que, en general, se acomodaban a los dictados de la recién nacida "Economía política" e incluso alguna, como la señalada en último lugar, se utilizaría más tarde con espurios fines políticos. De hecho, se convirtió en un instrumento básico para las manipulaciones electoralistas, practicadas en especial por moderados y conservadores, como no se dejó de denunciar, en particular, durante la Restauración a partir de 1875. No obstante las deficiencias y críticas, y a pesar de las propias dificultades estructurales, a las que debe añadirse el escaso periodo en que estuvo vigente, esta norma sentó, durante un largo periodo de tiempo, las bases programáticas del liberalismo progresista para el funcionamiento de las Diputaciones. A ello contribuyó en buena parte el hecho de que los miembros, en caso de infracciones a la Constitución, quedaban suspendidos del cargo de manera inmediata (25).

Por otro lado, los requisitos y régimen interior asignado a las Diputaciones provinciales, tanto en el texto constitucional como en las normas complementarias, revelan, a mi entender, de manera sobresaliente el ideario político-constitucional del liberalismo gaditano. Tal y como se ha expuesto en párrafos anteriores, en lo que a este concreto tema se refiere, las ya aludidas ideas centralistas de cuño francés, probablemente incrementadas en este caso por el miedo a una deriva federalista (26), al menos en teoría, concertaban muy bien con aquella singular concepción de la *constitución histó-*

---

(24) Artículo XIII de la « Instrucción para el Gobierno económico-político de las Provincias » de 23 de junio de 1813. Decreto CCLXIX, en CDOC, T. IV, p. 105 y ss. Previamente se habían dado algunas ordenes específicas como la Orden de 13 de mayo de 1813, por las que se ordenaba su suscripción ala Diario de las Cortes y a la Colección de Decretos y, con posterioridad, el importante Decreto CCLXXXI sobre gobierno y elecciones. Ivi, pp. 69 y 163-64, respectivamente.

(25) Decreto CCXIV de 24 de marzo de 1813, cap. II-art. VIII y Orden de 30 de marzo de 1813. Ivi, pp. 27 y 30.

(26) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y E. ARGULLOL, *Descentralización administrativa y organización política. I. Aproximación histórica (1812-1831)*, Madrid, Alfaguara, 1973, en el que acertadamente exponen que fue, precisamente, el miedo a una derivación federalista por parte de los diputados americanos está en la base de su sometimiento al Gobierno y elimina una visión menos centralista.

rica (27). Desde esta perspectiva, la parte representativa significada por los diputados electos, además de una concesión hecha al « juntismo » preconstitucional (28), responde a la exaltación de la « democracia » medieval inherente a esa « constitución antigua » así como a la propia « visión del mundo », « mezcla, como se ha dicho, de progresismo ilustrado y de democracia revolucionaria » (29) que demandaba un cambio radical, no sólo del ejerció del poder sino de la misma sociedad, a través del derecho legal.

5. *El Trienio: despliegue de las Diputaciones provinciales y consolidación de las bases del liberalismo progresista a este respecto.*

En todo caso, esa visión, sustancialmente política, se exasperó durante la segunda etapa constitucional (1820-21). Es decir, durante el Trienio, cuya agitada existencia se desarrolló en un clima enrarecido debido, fundamentalmente, a la escisión del liberalismo en las dos irreconciliables ramas de exaltados y moderados. La interpretación radical de la Constitución que concedía al Legislativo un poder inusitado como principal órgano de gobierno defendida por los primeros, más que sosegar, exacerbó la situación. Sin embargo, es, precisamente, en ese clima donde las Diputaciones van a alcanzar una enorme importancia. Sobre todo, porque sus miembros natos, el Jefe Político y el Intendente de Hacienda, eran los encargados de hacer arraigar la Constitución. Para entonces, además, las bases del doctrinarismo francés habían enraizado en la visión más conservadora de los liberales y las ideas de Constant circularon ampliamente entre los líderes de esa facción (30). Su concepción de un « poder

---

(27) Sobre este tema, Joaquín VARELA SUANZES CARPEGNA, *La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845*, en, del mismo, *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, CEPC, 2007, p. 417 y ss., en especial p. 419 y ss.

(28) Pablo GONZÁLEZ MARIÑAS, *Las diputaciones provinciales en Galicia: del Antiguo Régimen al Constitucionalismo*, La Coruña, Diputación Provincial, 1978, p. 61.

(29) José ÁLVAREZ JUNCO, *El marco histórico de las reformas republicanas*, en L. Ortega Álvarez (coord..), *Las reformas administrativas de la II República*, Madrid, INAP, 2009, p. 13 y ss.; p. 14.

(30) Vid, a este respecto, las clarificadoras aportaciones de Joaquín VARELA SUANZES, *El Conde de Toreno. Biografía de un liberal (1786-1843)*, Madrid, Marcial Pons,

municipal » que « debe ocupar en la administración el lugar que corresponde a los jueces de paz en el orden judicial » y la defensa de « un cierto federalismo » « en la administración interior », por más que fuera muy diferente « del que hemos conocido hasta el presente » (31), podían adaptarse sin esfuerzo a la articulación, no sólo de los Ayuntamientos, sino aún de las Diputaciones en el texto constitucional. Desde luego en la interpretación moderada, que respaldaba abiertamente la sumisión de ambos "cuerpos" al Ejecutivo como defendía el publicista francés. Pero también en la de, al menos, algunos exaltados y simpatizantes de esta corriente, entre los que se encontraba el traductor de la obra de Constant al castellano en 1820. En sus comentarios a la misma, no duda en aplicar esta opinión a las Diputaciones provinciales, a las que atribuye sobre todo funciones de inspección, pero, significativamente, no olvida apostillar que deben realizarse bajo el control de los « Padres de la patria » (32).

De su concluyente importancia da cumplida cuenta la Orden de las Cortes de 30 de marzo de 1820, por la que se conminaba a la inmediata constitución de las Diputaciones « con los vocales elegidos en 1814 » (33). Era sólo fue la primera de otras muchas disposiciones orientadas casi en su totalidad al reclutamiento de hombres — no en vano fue esa la época de esplendor de la Milicia Nacional — y, sobre todo, a fines recaudatorios, fijando incluso su atención en los bienes de propios de los pueblos. Sin embargo, ninguna de estas medidas pudo resolver el problema por antonomasia, relativo a la Hacienda pública, dada la situación de las exangües arcas municipales.

Son, de todos modos, sólo dos de las facultades que, con otras, quedarían convenientemente reflejadas en la prolija Ley de 3 de febrero de 1823, donde, además de incorporar lo regulado por la

---

2005 y Pedro PÉREZ DE LA BLANCA SALES, *Martínez de la Rosa y sus tiempos*, Barcelona, Ariel, 2005.

(31) Benjamin CONSTANT, *Cours de politique* constitutionnel (1818-20). Cito por la traducción española de Marcial Antonio López, *Curso de Política constitucional*, Madrid, Imprenta de la Compañía, 1820, T. II, pp. 7 y 9 en Biblioteca virtual Martínez Marina, en línea.

(32) Ivi, p. 22.

(33) Orden 30 de marzo de 1820, CDOC, T. VII.

Instrucción de 1813, se ampliaba su contenido en aspectos sustanciales relativos a los particulares. No en vano, a las obligaciones en materia de milicia nacional y las competencias sobre beneficencia, visitas a las cárceles y enseñanza, se añadía ahora el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y se profundizaba en los aspectos procedimentales — incluyendo, lo que supone una excepción frente a la legislación posterior durante buena parte del siglo, la obligación de la publicidad de las sesiones —, considerados como una garantía a todos los efectos (34).

La extensa regulación de las Diputaciones provinciales y, en especial, las expectativas depositadas en su actuación, hicieron de ellas un instrumento indispensable en el futuro. Porque si bien es cierto que en el Trienio se profundizó en aquel sistema de "interacción" de cuatro elementos (Alcalde-Ayuntamiento y Jefe político-Diputaciones), también lo es que, a la larga, salieron reforzados los dos últimos y, con ello, se produjo un fortalecimiento de las « oligarquías urbanas » y provinciales (35). He ahí, por tanto, que, en los mismos estertores de un régimen dominado por el liberalismo radical, se sitúa, paradójicamente, el origen de un problema que sus promotores querían evitar por todos los medios. Todos los indicios, ya entonces, apuntaban a que la todavía inexistente provincia acabaría por imponerse al municipio.

---

(34) A este respecto, destaca el especial interés tanto en regular el régimen interno, introduciendo la obligación de llevar un Libro de actas y como en el sistema de elecciones, para las que se arbitraba un proceso sumarísimo en caso de nulidad de las mismas. Pero, sobre todo, admitía la posibilidad de que los particulares elevasen sus quejas si se consideraban agraviados en el repartimiento de impuestos y la de contravenir el cauce ordinario — esto es, vía Jefe Político — en el caso de infracciones del sistema electoral, al permitir que los interesados pudieran dirigirse directamente a las Cortes y al Gobierno si se trataba de una queja contra esa autoridad o « por motivos graves o circunstancias particulares » (art. 161). Decreto XLV, Ley de 3 de febrero de 1823, CDOC, T. X, p. 171 y ss.

(35) Eduardo Galván Rodríguez, *El origen de la autonomía canaria. Historia de una diputación provincial (1813-1925)*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1995, p. 53.

6. *Las bases ideológicas moderadas: Sufragio censitario, propiedad y dependencia del Ejecutivo.*

Es un hecho que se confirma a la muerte de Fernando VII. El Decreto de 11 de septiembre de 1835, es, a este respecto, extremadamente ilustrativo. En un momento en el que ya se contaba con el inapreciable apoyo de la división provincial realizada dos años antes, los cambios introducidos a este respecto, realizados bajo la vigencia del *Estatuto Real*, el primer texto constitucional español fuertemente influenciado por el doctrinarismo francés, son elocuentes en extremo. No sólo se altera la composición en relación con los « vocales electos », sino que se implanta un rígido sistema censitario para los mismos asentado sobre la riqueza y el consiguiente pago de una específica contribución. A partir de ese momento, en efecto, el sufragio activo recaía « en los mayores contribuyentes reunidos bajo la presidencia del alcalde », en tanto que el pasivo exigía poseer un elevado nivel de renta, de la cual al menos la mitad debía proceder de « propiedad territorial o industrial », o ser un profesional liberal de saneados ingresos (36). En fin, como se advierte, todo un canto a la mesocracia, tan intrínseca al moderantismo que iniciaba por entonces su rutilante despliegue en España.

Desde ese preciso instante, las Diputaciones provinciales se convirtieron, por su interés derivado de su capacidad de acción y campo de influencia, en uno de los principales puntos de diferencia entre las ramas progresista y doctrinario-moderada del liberalismo de la primera mitad de siglo. Uno de los más fehacientes testimonios al respecto lo aporta, creo, el Real decreto de 29 de noviembre de 1836, dictado por las Cortes en un momento particularmente conflictivo y de gran fervor revolucionario. Aprobado algo más de dos meses después del levantamiento de los Sargentos de la Granja que pedían, y consiguieron brevemente, el restablecimiento íntegro de la Constitución de 1812, ordenaba la inmediata aplicación de sendos Decretos de 1812 y 1813 en su integridad, resulta ilustrativo que el

---

(36) Real Decreto 21 de septiembre de 1835 sobre el modo de constituir y formar las Diputaciones provinciales, arts 2 y 6. *Decretos de la Reina Nuestra Señora, dados en su Real Nombre por su Augusta Madre la reina Gobernadora y Reales ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las Secretarías del Despacho Universal* (CD), vol. 20/1935, p. 375 y ss.

Decreto, sin embargo, no fuera publicado hasta el 8 de diciembre siguiente por orden expresa del Ministro de Gracia y Justicia, Joaquín Mª López, uno de los más conspicuos y combativos líderes progresistas del todo el siglo XIX (37). Fue, con todo, un triunfo pasajero, porque la evolución posterior siguió un itinerario completamente distinto. Comenzando por las propias Constituciones.

7. *Las bases ideológicas progresistas: representación, derechos y utilidad. El "poder administrativo".*

A esas alturas, las diferencias de fondo entre ambos partidos eran, realmente, insalvables y las Diputaciones se presentan como un escenario de excepción donde se manifestaban de manera abierta y explícita. Sobre todo porque, frente a los moderados — que monopolizaron de forma abrumadora el poder durante el XIX —, los progresistas presentaban un programa asentado sobre los principios irrenunciables de la implementación de los derechos individuales y la representación de base nacional, cuyo complemento era el reconocimiento de la superioridad del Legislativo. Es decir, justamente la postura contraria a la potenciación al Ejecutivo, encabezado por el rey, que defendían sus adversarios. Se trataba, para simplificar, de la confrontación de dos axiomas antagónicos: « el gobierno de las leyes » y « el rey con derecho propio al gobierno » cuyas consecuencias directas sobre esta materia obvia comentar.

Estas diferencias ya se habían hecho constar recientemente en el proyecto de Constitución conocido como "La isabelina", redactado en 1834 como alternativa al escrupuloso doctrinarismo del Estatuto Real. Ahí, el sector más radical de la rama progresista recogía con pulcritud los mencionados principios en el Título « El Derecho público de los españoles ». Pero, en lo que aquí interesa, es

(37) El Decreto de las Cortes restablecía « los Decretos de 10 de julio de 1812 y 11 de agosto de 1813, por los cuales las Cortes generales y extraordinarias establecieron en el primero reglas sobre la formación de Ayuntamientos constitucionales, y en el segundo las que debían regir para el gobierno de las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos de los pueblos ». CD, vol. 21, p. 565 y ss. Unos días antes se había publicado el importante RD de 22 de noviembre de 1836 estableciendo reglas para separar lo gubernativo de lo contencioso. Ivi, pp. 525-26.

sobre todo relevante porque introduce por vez primera en un texto constitucional un concepto, "el poder administrativo", sobre el que tanto se escribía en los órganos de expresión de esta tendencia a lo largo de esos años, en particular en *El Eco del Comercio*, y ya en todos los demás a partir de la década de los Cuarenta. Y, lo que es más significativo, lo asociaba preferentemente, y no por casualidad, con la Administración local y provincial. En relación con el objeto de este trabajo, bastará con detenerse en dos de sus proposiciones, por cuanto conformarán el signo de identidad por excelencia de esta corriente en esta cuestión durante las décadas centrales del Ochocientos. Se trata, la primera, de la fórmula de que « la Administración local pertenece a los pueblos y es esencialmente independiente del Gobierno central ». Y, la segunda, del requisito del pago « de 10 duros anuales de renta por el *alquiler* (cursiva mía) de sus habitaciones o haciendas urbanas o rurales » para formar juntas encargadas de "nombrar" Ayuntamientos y, también, los "apoderados" para las Juntas provinciales encargadas de designar a los miembros de su respectiva Diputación (38).

Una aproximación superficial a ambos párrafos es suficiente para percibir de inmediato dos típicas características del progresismo más radical que lo diferencian claramente del conservador. Por un lado, es obvia su independencia del Ejecutivo, incluso en la resolución de los conflictos jurisdiccionales — que sólo se confiaba "interinamente" al rey pues la definitiva pertenecía al Legislativo (art. 53) —. Por el otro, su vinculación doctrinal con aquella corriente heterodoxa que, desde los *levellers* en adelante, consideraba requisito *sine qua non* del sufragio no la propiedad, sino la dedicación a una actividad útil y, por esta razón, no reconocían el voto a quien, sin ejercer ninguna y careciendo de ingresos, podía traficar con el mismo introduciendo corruptelas y riesgos inadmisibles para el buen funcionamiento del sistema. Pero es, asimismo, posible realizar una lectura en clave descentralizadora. Esta particularidad, sin embargo, ya no se advierte en el proyecto elaborado por el Gobierno Istúriz, otro de los más aclamados líderes progre-

(38) *Proyeto de Constitución de 24 de junio 1834* elaborado por la Sociedad Política "La Isabelina" como alternativa al "Estatuto Real", cuyo redactor fue don Juan de Olavarría. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, en línea. Arts. 49, 50 y 52.

sistas, cuyo Título X, « De las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos » — y el cambio de orden en el enunciado no es inocuo — disponía la elección popular « según las leyes que se dieren sobre este punto » (39).

8. *La radicalización de posturas: el proceso constituyente de 1836-37.*

Para entonces, las posturas se habían radicalizado. Durante el periodo 1836-37, mientras los progresistas insistían en considerarlas « corporaciones populares » y Mendizábal, su carismático Ministro de Hacienda, prohibía que se adoptaran medidas económico-financieras en concepto « de recargos que hagan insoportables los impuestos » porque redundaría en perjuicio de los más pobres (40), los moderados adoptaron una línea bien diferente. En pleno proceso constituyente, y con el telón de fondo de una guerra civil, es cierto que la principal actividad de las Diputaciones se orientaba prioritariamente a la recaudación de fondos y reclutamiento de tropas (41), pero aún así, las diferencias axiomáticas se agudizaron más a causa de la rápida alternancia de Gobiernos de uno y otro signo. Las divergencias sobre este tema durante el Debate constitucional pusieron de manifiesto su íntima relación con la ideología de los respectivos programas de Partido. Mientras los progresistas, siguiendo la senda marcada por los gaditanos, podían condensar sus ideas en la frase « los jefes políticos deben saber que no tienen que apartarse del parecer de las Diputaciones provinciales en general cuando estas se concretan al cumplimiento de la Ley », para los moderados, « estas instituciones [...] están sometidas a la dependencia del Poder ejecutivo, del poder supremo administrativo » (42).

---

(39) *Proyecto de Constitución de la Monarquía española del gobierno Istúriz de 20 de junio de 1836*, en *Ibidem*.

(40) *Reales Decretos 27 de Diciembre de 1836 y 14 de enero de 1837*. CD, vol. 21, pp. 598-9 y vol. 22, p. 9.

(41) *Reales Decretos de 14 de agosto, 20 y 23 de Diciembre de 1838*. CD, vol. 24, pp. 341, 669-70 y 673-2. El segundo incluso se utilizó este pretexto para proceder a reorganizar las corporaciones.

(42) Intervenciones del diputado Heros y diputado Armendáriz, D.S.C, sesión del 27 de abril de 1837, pp. 3028 y 3029, respectivamente.

En coherencia con tales posturas, apenas seis meses antes de la promulgación de la nueva Constitución, un Decreto de las Cortes — convocadas para la reforma de la Constitución de 1812 — de 31 de enero de 1837, parecía revivir el espíritu de la misma y reclamaba la subordinación a un Gobierno que se presumía de las Leyes (43). Sin embargo, la solución adoptada por la Constitución de 18 de junio de 1837, es sensiblemente diferente. Su Título X « De las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos » introdujo un cambio de, por así decir, ritmo y, en el plano formal, señaló el camino a seguir en lo sucesivo. Fruto de un acuerdo entre ambos partidos, el texto definitivo dedica tres escuetos artículos al tema. Atrás quedaba la prolija regulación del texto que habían sido llamados para reformar (44) y de su espíritu solo se había recuperado la obligación, por lo demás muy contestada en el Debate parlamentario, de que los miembros serían « nombrados por los mismos electores que los Diputados a Cortes ». A cambio, sin embargo, se dejaba para una ley posterior todo lo relativo a organización, funciones y atribuciones. Una calculada fórmula transaccional por la que, como pudo comprobarse con rapidez, quedaba al arbitrio de los diferentes Gobiernos y sus respectivos programas políticos — que por esas fechas encontraron una gran divulgación entre el público más culto a través de las "lecciones" pronunciadas en el Ateneo — todo lo referente a esta ya irrenunciable institución.

A partir de ese preciso momento se recrudeció la confrontación entre ambas tendencias que, como siempre, afectaba más que a las propias facultades, al carácter representativo — en consecuencia, a la composición —, al funcionamiento, para el que, como todavía hacía la Diputación de Barcelona en una Exposición dirigida a la Regente Mª Cristina donde se reivindicaba su carácter popular (45),

---

(43) Su *Preámbulo* es, en efecto, inequívoco: « Debiéndose restablecer en todas las clases de la Monarquía la absoluta subordinación al Gobierno, como el único medio de dar movimiento y dirección uniforme a la Máquina del estado y de dirigir a un fin los esfuerzos de todos ».

(44) T. VI, cap. II, arts 324 a 337, ambos inclusive. En la Constitución de 1837 son el 67, 68 y 69.

(45) « Nadie más interesado que una corporación popular en conservar y reclamar el imperio de la ley, nadie más vigilante que una Diputación provincial para que no se hagan pesar cargas crecidas o injustas sobre sus comitentes: pero por lo mismo no

se reivindicaba autonomía. Y así, mientras los progresistas instaban a celebrar elecciones periódicas en la línea de lo aprobado por los Constituyentes gaditanos y otorgaban gran importancia al cargo de secretario de las mismas (46), los moderados no sólo proponían la redacción de una nueva Ley, sino que no vacilaban en suspender las elecciones cuando lo consideraban pertinente (47).

9. *La disyuntiva: tutela o sumisión. Las Diputaciones en la Constitución ultra-moderada de 1845.*

La división, a este respecto, no podía ser más profunda, y así lo testimonia el permanente enfrentamiento acerca de las leyes orgánicas sobre administración local y provincial. Una cuestión ésta que quedó meridianamente clara durante el breve gobierno progresista que inauguró la Regencia de Espartero en 1840. Fieles a sus principios irrenunciables — representación y derechos —, casi desde el inicio de la misma se promulgan diversas disposiciones que regulaban aspectos relativos a la « duración y renovación », se recuperaba la normativa aprobada en 1837, se permitía la reelección de vocales y se restablecían las singulares Diputaciones de las provincias vascas y Navarra (48). Pero, al mismo tiempo, se hacía constar la tutela y control gubernativos a través de las relaciones directas de los Ministros con Intendentes y Diputaciones, en tanto que a los Ayuntamientos sólo competía « la administración econó-

---

hay quien pueda velar más que ella por sus intereses y tranquilidad ». *Exposición elevada a S. M. la Reina Gobernadora por la Diputación Provincial de Barcelona en justificación de las medidas económico-administrativas adoptadas por el Exc.mo Capitan General del Ejército y Principado de Cataluña de acuerdo con las Diputaciones de sus cuatro provincias*, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1839, p. 25.

(46) *Decretos de las Cortes 13 de septiembre y 23 de Octubre de 1837*. CD, vol. 23, pp. 178-9 y 204-5.

(47) RO de 4 de diciembre nombrando una comisión para la elaboración de una Ley y RO del Ministerio de la Gobernación de 22 de noviembre de 1839. CD, vol. 23, pp. 366-67 y vol. 25, pp. 331-2.

(48) RD. de la Regencia de 13 de octubre de 1840 (las normas de 1837 eran la Ley de 13 de septiembre y la Real Orden de 6 de noviembre). Para las Diputaciones vascas y Navarra, Ds de 23 de abril y 14 de julio de 1842. CD, vol. 26, pp. 309-10 y vol. 28, pp. 197-98.

mica » (49). La añeja aspiración gaditana de establecer el control gubernamental en los asuntos financieros, ciertamente centralista, una de cuyas finalidades era procurar la igualdad, y aun la equidad, o, en todo caso, evitar flagrantes discriminaciones, se recuperaba.

La brevedad del periodo no debe, creo, hacer olvidar estas consideraciones. Sobre todo porque, precisamente en estas contrapuestas percepciones programáticas, se encuentra el nudo del problema en un momento en el que, como agudamente ha señalado un administrativista actual, para la opinión común coetánea « los defectos de la Administración — comenzando por la arbitrariedad — (se vinculaban) a la política y su inestabilidad » (50) y, por consiguiente, encontraba en las Diputaciones provinciales un campo privilegiado de actuación.

Una prueba elocuente al respecto es la orientación que se concedió a las mismas con los moderados, vueltos al poder en 1843. Bajo Gobiernos que casi desde su misma instauración había optado deliberadamente en Consejo de Ministros seguir « el camino extralegal » de actuar al margen de las Cortes — el infortunadamente famoso « Gobierno por Decreto » (51) —, las Diputaciones seguirán un camino bien diferente que culminaban seis meses antes de la promulgación de una de las Constituciones españolas más conservadoras. Exactamente el 1 de enero de 1845, la Reina sancionaba una ley que autorizaba al Gobierno para « arreglar la organización y fijar las atribuciones » en la Administración local y provincial. El 8 de ese mismo mes, ya se publicaba oficialmente la Ley *de organización y atribuciones de las Diputaciones provinciales* (52). Una disposición que desvirtúa completamente el significado original de la institución. En todos los sentidos.

Si en la composición conserva la representación gubernamental (esto es, el Jefe político y los Intendentes), se alteraba, sin

---

(49) RD. 14 de julio de 1842. CD, vol. 29, pp. 29-30.

(50) Mariano Baena del Alcazar, *Origen y consolidación de la Administración Liberal española (1838-1900). Los órganos centrales*, Madrid, INAP, 2012, p. 15.

(51) Aprobado por el Gobierno González Bravo el 16 de diciembre de 1843. Vid Clara Álvarez Alonso, *El Gobierno, la Administración Central y el jefe del Estado*, Madrid, Iustel, 2013.

(52) CD, vol. 34/1845, p. 2.

embargo, sustancialmente en lo relativo a los demás miembros. Aquí la circunscripción electoral seguía siendo considerablemente restringida al conservar la sustitución de los Ayuntamientos por los partidos judiciales. Y aun así la ley consideraba este cambio como una medida "interina", ya que el Gobierno se reservaba la facultad de « plantear oportunamente una nueva división, más análoga al objeto de esta ley » (53). Naturalmente, se recuperaba el requisito censitario que ahora sólo se cifraba en el pago de « una contribución », consolidando así el dominio absoluto de las oligarquías provinciales. Se trataba, pues, de una reforma en toda regla, completamente acomodada a los principios doctrinario-moderados, por lo demás, muy en la línea de lo que ocurría en el resto de Europa, y la urgencia en aplicarla indica con toda claridad la importancia adquirida como instrumentos políticos imprescindibles en manos de unos y otros. En el caso de los moderados, el seguimiento de tales principios fue exacto y riguroso, en especial en lo que se refiere al ejercicio del poder y a su concepción de "la autoridad". En los asuntos relativos a cuestiones electorales — nulidad, reclamaciones e incluso declarar « la idoneidad de los electos » — el Gobierno se reservaba la resolución definitiva. Además, se facultaba al rey para suspender las mismas en determinados supuestos (54). Por su parte, las atribuciones estaban deliberadamente modificadas para hacer de las mismas en la práctica una institución asesora del Jefe político y una fuente de cohechos y prevaricaciones (55). La capacidad de iniciativa, decisión y resolución quedaba reservada al Jefe Político — que, por esas fechas, pasó a denominarse Gobernador civil — y, en última

(53) Ivi, arts. 1 a 4.

(54) Ivi, arts. 33 y 34 y 53, respectivamente.

(55) Ya no es sólo esa división tripartita que diferenciaba entre las propias — casi únicamente limitadas a la, por lo demás nada despreciable por la capacidad de manipulación que conllevaba, facultad de repartir los impuestos aprobados en Cortes entre los Ayuntamientos —, las que tenía que limitarse "a deliberar" — administración y compraventa de bienes inmuebles — y aún así únicamente sobre asuntos previamente aprobados por el Gobierno o el Jefe Político, y aquellas en las que sólo « se las oirá » — creación de nuevos Ayuntamientos, Obras Públicas, Beneficencia — sino que se estipulaba la taxativa exclusión de intervenir en materias no explícitamente recogidas en la Ley de organización y atribuciones de las Diputaciones Provinciales, arts. 55, 56, 57 y 58. CD, T. 34, p. 32 y ss.

instancia, al Gobierno, quien, además, podía reformar, y hasta anular, « cualquier partida de gastos voluntarios ». Toda manifestación de autonomía, por mínima que fuera, había desaparecido. No sorprende, por tanto, que, teniendo en cuenta el secretismo establecido para las sesiones y la obligatoriedad de las votaciones, ese mismo día se suprimiera por Decreto el cargo de Secretario, concebido inicialmente como fedatario de las reuniones (56). Fruto inmediato de esta prolija norma fue la promulgación cuatro meses más tarde de otra disposición similar complementaria por la que se creaban los « Consejos provinciales » (57). Es decir, una institución que no sólo trasladaba muy bien la concepción moderada del ejercicio del poder en las décadas centrales del siglo, sino que fueron extraordinariamente eficaces para consolidar su hegemonía. De hecho, sus facultades « administrativas y jurisdiccionales », sirvieron de base al administrativista Manuel Colmeiro en 1850 para defender su analogía con una institución muy querida y halagada por los políticos de esta corriente, el Consejo Real y, por esta razón, considerarlos titulares de lo que este jurista denominaba « administración activa » (58).

Todas estas modificaciones, y sobre todo el incuestionable centralismo respaldado por el protagonismo del Gobierno-Ejecutivo encabezado por el rey, están, puntual aunque crípticamente, recogidas en la Constitución de 23 de Mayo de 1845. Presentada como reforma de la transaccional de 1837, mantiene título de denominación. Pero el artículo 74 es extremadamente ilustrativo al añadir a la primitiva redacción « La ley (ya existente, como acabamos de ver), determinará la organización y atribuciones de las Diputaciones y Ayuntamientos », una elocuente coda « y la intervención que hayan de tener en ambas corporaciones los delegados del Gobierno ».

De esta manera, la norma suprema venía a sancionar la total dependencia de las Diputaciones del Gobierno, precisamente cuando hacía tiempo ya que el Ejecutivo había desplazado al Legislativo.

---

(56) Artículos 64 y 45: « las sesiones será siempre a puerta cerrada ». La supresión del cargo de secretario en R D. de 15 de enero de 1845. CD, T. 34, p. 28.

(57) Ley de 2 de abril de 1845. CD, T. 34.

(58) Manuel COLMEIRO, *Derecho administrativo español* (1850). Uso la reimp de la Xunta de Galicia, Santiago, 1995, T. I, pp. 208-442.

Por evitar dudas a este respecto, diversas disposiciones ministeriales posteriores ratificaban la misma al disponer que tales diputados no estaban aforados (59) y, desde luego, la tendencia a "alargar" el periodo de los vocales electos. Aunque una Orden Ministerial de abril de 1849 anunciaba la necesidad de regularizar las elecciones, ni siquiera el Ministro consideraba que se tratara de una medida perentoria (60).

10. *La doctrina administrativa. El posicionamiento ideológico de los juristas.*

Del significado último, de los motivos de su implantación así como de los verdaderos objetivos que se perseguía con las Diputaciones provinciales, nos da cumplida cuenta la propia evolución doctrinal. Es decir, las obras de "Ciencia de la Administración" y "Derecho Administrativo" que eclosionan en España, sobre todo, desde el inicio de la década de los Cuarenta. Las diferentes percepciones de las mismas, además, ratifican y sostienen la profundidad del abismo ideológico que mediaba entre las dos principales corrientes políticas al mediar el siglo sobre este concreto asunto.

En el *Febrero*, una de las primeros tratados que analiza el tema, sus autores, García Goyena y Aguirre, no sólo sostienen sin ambages que las Diputaciones eran una construcción reciente frente a los Ayuntamientos, de los que diferían completamente, sino que, lo que es más relevante, las consideran « cuerpos de origen popular ». Es

---

(59) Razón por la cual las causas contra ellos debían verse por los tribunales ordinarios. R.O del Ministerio de Justicia de 29 de abril, trasladando la Instrucción del de Gobernación de 8 de marzo de 1846 sobre el particular. *Colección Legislativa de España* (continuación de la Colección de Decretos) (CL), T. 36/1846.

(60) R.O del Ministerio de Gobernación de 7 de abril de 1849: « he hecho presente a S. M. la Reina que instaladas las actuales Diputaciones provinciales en Agosto de 1847, es llegado el momento de señalar la época en que periódicamente deben renovarse dichas corporaciones, con arreglo al artículo 6º de la Ley de 8 de Enero de 1845 », pero no sólo las retrasaba para el año siguiente, sino que fijaba las posteriores convocatorias para "el mes de febrero de los años pares". CL, T. 46, pp. 317-8. Estas disposiciones fueron acompañadas de varias otras en el mismo sentido. Cfr. *Circular de 22 de julio y Real Orden de 23 de julio de 1847 del Ministerio de la Gobernación de la Península*, CL, T. 41, pp. 358.

probable que esta parte fuera redactada por el progresista Aguirre, ya que los argumentos son los típicos de esta corriente. Tanto en lo referente a la conformación de las corporaciones — elecciones de partido, donde estaba representado el elemento popular, y nombramiento del presidente por la Corona por imperativo constitucional —, como en la armonización de los intereses Estado-Provincia, donde, en caso de colisión, debían prevalecer los del primero. El objetivo no es otro que conseguir aquel "justo equilibrio" que con tanta vehemencia había defendido, treinta años atrás, Argüelles en las Cortes de Cádiz (61).

En contraposición, la postura del moderado Ortiz de Zúñiga, cuya obra aparece en las mismas fechas, es, cabalmente, diferente. La idea básica de este administrativista, que como sus colegas acabaría por desempeñar altos cargos gubernativos, sobre la que construye su teoría al respecto es la existencia de un « poder administrativo », y, en consecuencia, « el gobierno es [...] el alma de la Administración, por cuyo resorte ella se mueve ». Con el cardinal apoyo teórico, más que de las doctrinas francesas que, desde luego, conoce, de la « economía política » tal y como entonces se entendía, el punto de partida irrenunciable en todos los aspectos relativos a la Administración pública era « la proporcionada y conveniente división del territorio de un Estado » a la que consideraba « la base de toda buena organización administrativa ». Y, a este respecto, no duda en calificar de perfecta « la vigente división territorial » pues, no en vano, con ella « el gobierno supremo da impulso a toda la administración desde la Corte, punto céntrico de su residencia ». No cabe la menor duda: todo queda supeditado al Ejecutivo, el cual despliega su benéfica acción desde el centro a todas « las capitales de provincia », cabezas de partido y « a todos los pueblos más apartados y de más reducido vecindario ». Es fácil comprender que, en ese horizonte, las Diputaciones provinciales, al igual que los Jefes

(61) Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, *Febrero* (1841-42). Uso la edición *Febrero. Jurisprudencia administrativa*. Madrid, Instituto Estudios de Administración Local (IEAL), 1979. La páginas referenciadas 65 y ss., en especial, 87 y para las atribuciones funcionamiento y competencias, 87 y ss. El artículo de la Constitución de 1837 es el 47-9, bajo cuya vigencia se escribieron una gran parte de obras de especialidad. Vid excelente estudio preliminar de Alejandro Nieto a dicha obra.

políticos — bien que por razones diferentes y con funciones perfectamente delimitadas — se convertían en meros "auxiliares" de la Administración, o lo que es lo mismo, del Gobierno central (62).

Similar postura es la que sostiene Posada Herrera, uno de los juristas más aclamados del siglo XIX. Recién abandonadas las filas progresistas para entrar en el Partido moderado donde desarrolló una brillante carrera, publicaba en 1843 la obra en la que defendía con toda claridad que « en realidad solo ejerce jurisdicción — esto es, « la facultad de conocer y decidir en asuntos determinados » — propia el Rey ». Es decir, parte del incuestionable axioma por antonomasia del doctrinarismo-moderantismo de cuño francés, que no dudó en ratificar mediante la lapidaria expresión de que « La Francia será para nosotros siempre un modelo en materia de instituciones administrativas como lo ha sido en materia de instituciones políticas ». Lo que, por otra parte, no le impide aseverar, con el evidente propósito de respaldar el "derecho propio" del rey al gobierno, que existe una radical diferencia entre las municipalidades e instituciones provinciales de ambos países. Porque, añade, mientras en el país vecino se alcanzaron a través de la « insurrección popular contra la opresión y tiranía de los señores », aquí procedía « de la generosidad y benignidad de los reyes ».

La fe del converso, tan expresivamente manifestada en los párrafos precedentes, se muestra todavía más viva al tratar de las Diputaciones y su base territorial. Es, creo, singularmente ilustrativo el procedimiento utilizado con relación a este último extremo. Porque, tras rechazar con contundencia las opiniones en discusión — es decir, la de quienes consideraban a la provincia (63) « un resultado independiente de la voluntad de Gobierno » y la de quienes sostenían que era una creación legal — propone una fórmula imprecisa que, en apariencia, no le compromete. Para Posada Herrera es, en efecto, una « sociedad moral, que forman entre sí los individuos ». Pero el corolario va de suyo, porque, desde esa ambigua posición, puede sostener sin dificultad que, en esta

---

(62) Manuel Ortiz De Zúñiga, *Elementos de Derecho Administrativo* (1842). Uso la edición del IEAL, Madrid, 2002, pp. 3, 7, 13-14 y 15.

(63) Sobre la Provincia vid R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid, Diputació de Barcelona, 1991.

cuestión, no se trata únicamente de « armonizar los cuerpos independientes de las provincias con el cuerpo general de la Nación ». Se trata, ante todo, de patrocinar y proteger el derecho propio del Gobierno a "influir" sobre las Diputaciones. El que sería designado "gran elector" a causa de sus manipulaciones electorales, ejercidas preferentemente a través de estas corporaciones, debía saber mucho de ese tema. Porque ni siquiera sus esfuerzos en asegurar que tal influencia « es más moral que material », ni las atribuciones que, en aparente perfecta consonancia con la legislación vigente, reconoce a las mimas — políticas, relativas a la Administración general del Estado, tutoría sobre los pueblos y administración de los bienes provinciales —, consiguen menoscabar su verdadero propósito: la absoluta capacidad de decisión del Gobierno en este asunto. La justificación, sin embargo, no deja de producir perplejidad: para este jurista se encuentra en una razón de *patriotismo nacional* pues, como no vacila en escribir, « entre nosotros, por desgracia, no hay más que interés de provincia y patriotismo provincial » (64).

No es este el momento ni el lugar de realizar un análisis pormenorizado de las facultades, composición y elección, como tampoco de incorporar testimonios de otros juristas (Oliván, Gómez de la Serna, p. ej.) que también frecuentaron este tema en la época de gran despliegue de la especialidad. Se intenta, por el contrario, señalar como la doctrina y la legislación caminaban unidas para la implementación de una visión centralista exacerbada durante la — muy extensa — etapa del Gobierno por Decreto instaurado por los moderados. Una percepción ésta que, en comparación, prácticamente reduce a cenizas el centralismo gaditano y para la que, desde luego, las Diputaciones provinciales se convierten en meros instrumentos en manos de un Ejecutivo encabezado por reyes y reinas a los que se les reconocía, y ejercieron, "derecho propio" al poder.

Al mediar el siglo, esta visión llegó a su exasperación con el jurista y político Manuel Colmeiro, que publica su obra justamente en 1850. En el esplendor del moderantismo gubernativo, apenas un

---

(64) José Posada Herrera, *Lecciones de Administración* trasladadas por sus discípulos Juan Antonio de Bascon, Francisco de Paula Madrazo, Juan Pérez Calbo (1843). Uso la edición del INAL, Madrid, 1978. T. I. Las citas pp. 75, 191, 265, cap. XX, p. 310-11, 334 y 312.

año después de que Donoso Cortés pronunciara su célebre discurso sobre "La Dictadura" y a escasos dos del fracaso de la Revolución de 1848, no existe el menor interés en disimular el acendrado centralismo. Como sus correligionarios, se muestra defensor a ultranza del "poder administrativo", según él, caracterizado por una « mayor flexibilidad » que los demás poderes muy conveniente, por lo demás, al dominio del Ejecutivo en la tan reiterada versión moderada. Para este Jurista implicaba ante todo "poder de mando" sobre todos los funcionarios (« Al funcionario público se le *manda*: el magistrado *obedece* su conciencia »).

Si se contempla desde una tal perspectiva, Colmeiro tiene, a mi parecer, una valiosa virtud para el estudioso, y esta no es otra que la de quintaesenciar el pensamiento moderado en una de las etapas de mayor radicalización del mismo. Por ello fue mucho más allá que sus predecesores del mismo signo político. Un ejemplo elocuente es su consideración de la provincia alejada de toda artificialidad, porque « tiene en España una entidad propia, anterior al establecimiento de la Monarquía ». Por sorprendente que parezca, no es, en modo alguno, una afirmación precipitada, porque no vacila en completar la expresión con esta otra donde expone que « hay en las provincias españolas una individualidad administrativa y civil, anterior a otra natural ». La intencionalidad es evidente: le permite considerarlas « unidades administrativas (que) se fundan comúnmente en vínculos naturales y espontáneos ». Y es precisamente esta opinión — como se observa, contraria a la sostenida por Posada Herrera — la que le permite defender la existencia de Diputaciones que son una reproducción exacta de las propugnadas por la legislación vigente. Es decir, atribuyéndole sólo funciones de « deliberación y consejo » y, en su caso, las que pueden poseer « por delegación explícita de la ley ».

Llegados a este extremo, merece la pena reproducir literalmente el contradictorio argumento en el que funda la aniquilación de toda autonomía, « representación popular » y garantía de funcionamiento. Se trata, expone, de evitar « que unos cuerpos administrativos degeneren en políticos y el banco de los diputados se convierta en tribuna ». En otras palabras: de impedir su politización, lo que, en su caso, valía asimismo para justificar el secretismo de las sesiones impuesto por la ley. Esta dependencia casi ilimitada las

convertía en meros instrumentos en manos de Gobiernos que « a semejanza de lo que (ocurría con) los demás cuerpos consultivos », podía suspenderlas, disolverlas e « incluso separar a sus vocales ». No obstante, a pesar de que muchas de estas facultades entraban dentro de la « potestad discrecional » que reconocía al Gobierno-Administración central, este jurista en ningún momento se plantea la posibilidad de que, a través de las mismas, se pudiera incurrir en « incompetencia » o « exceso de poder » que, sin embargo, sí reconocía para otros supuestos. Colmeiro respaldaba estas facultades de anulación, sustitución e, incluso, aprobación (65) porque para él, al igual que para sus correligionarios, todo se reducía a exigencias de mantener el orden público (la *paix bourgeoise*). A dos años de la Revolución de 1848, ese era el principal objetivo de un hegemónico Ejecutivo encabezado por el Rey pues, no en vano, es este último el que debe ejercer « la plenitud de su potestad [...] en toda la extensión del territorio nacional », bien por sí mismo o por sus representantes. Entre ellos, los Gobernadores Civiles de quien las Diputaciones, a juicio de este administrativista, eran meras « auxiliares » (66).

11. *Las "Crisis de rectificación": centralismo — pero no tanto — y reincidencia.*

Desde tiempo atrás, esta acusada visión centralista se había convertido en uno de los principales motivos de confrontación entre las dos principales ramas del liberalismo. Pero, a esas alturas, era también un motivo de disidencia entre los propios moderados, sobre todo tras la prudente reforma administrativa llevada a cabo por Bravo Murillo en 1850. Tres años más tarde, durante el breve Gobierno del Conde de Alcoy, Roncali Cerruti, el Titular de Gobernación Benavides exponía con lucidez el problema en sus justos

---

(65) Ramón PARADA VÁZQUEZ, *La segunda descentralización. Del estado autonómico al municipal*, en del mismo y Jesús Ángel Fuentetaja Pastor (Dir), *Reformas y retos de la Administración Local*, Madrid, Fundación Caja Rural de Toledo/Marcial Pons, 2007, p. 15 y ss., en particular p. 62 y ss.

(66) COLMEIRO, *Derecho administrativo*. Las citas en T. I, pp. 71, 217, 215, 219, 221, 233-34, 236 y T. II, p 224.

términos. Para el Ministro, en efecto, la cuestión orbitaba entre el modelo establecido por de la ley del 23 y la "reforma" de 1845. Si en la primera las Diputaciones gozaban de una independencia política y administrativa casi total, la segunda « sobre todo en su aplicación práctica, ha llevado el principio de centralización más allá de lo que exigían las necesidades del servicio » provocando, entre otros males, la restricción de atribuciones a los « funcionarios electivos » de las Diputaciones y, con ello, la expulsión de las personas más cualificadas.

La reflexión del Ministro no es baladí Sobre todo si se tiene en cuenta que preside la exposición de motivos de un Real Decreto para revisar la legislación vigente sobre Gobiernos de provincia, Diputaciones y Consejos provinciales y Ayuntamientos. En él se solicitaba a la Reina la creación de una Comisión de expertos porque, como reconoce con una sinceridad insólita entre la clase política, el Ministro « conociendo los defectos del actual sistema administrativo no se atreve a someter su reforma sin oír el parecer de personas ilustradas y competentes ». La rápida caída del Gobierno de que formaba parte no sólo impidió progresar en esta línea, sino que en enero de 1854, siendo presidente del Consejo Sartorius, una Real Orden del Ministerio de la Gobernación ordenaba celebrar elecciones siguiendo escrupulosamente la legislación vigente (67).

Cuando el 19 de julio de 1854, tras el fracaso de los cinco gobiernos moderados que se habían sucedido desde el mes de abril del año anterior, un levantamiento militar llevó de nuevo a los progresistas al poder con la presidencia de Espartero, las previsibles medidas al respecto no se hicieron esperar. De hecho, sendos Decretos de 7 y 20 de agosto de ese mismo año ordenaban restablecer las Diputaciones tal y como estaban en 1843; es decir, durante el anterior periodo progresista. Y las reglas de oro gaditanas-

(67) Decreto de 16 de febrero de 1853. CL, T. 58, pp. 177-78. Benavides fue Ministro de la Gobernación desde el 10 de enero al 14 de abril de 1853, en que dimitió el Gobierno del Conde de Alcoy (*Gaceta de Madrid* de 11 de enero y 15 de abril de 1853). Fue nombrado con ese mismo Gobierno Ministro interino de Fomento el 19 de febrero anterior (*Gaceta*, 20 febrero 1853). Con el Gobierno también moderado de Lersundi que sustituyó al anterior, se le nombró Gobernador en comisión de Madrid, el 18 de abril de ese año (*Gaceta*, 20 de abril de 1853). La RO de 24 de enero de 1854 dictando reglas acerca de la elección de diputados provinciales en *CL*, 51/1854, p. 99.

elecciones por los mismos electores a Cortes y equilibrio entre la autonomía provincial y el control gubernamental- fueron cumplidamente recogidas en la Constitución non-nata de 1856 (68).

Como era previsible, al finalizar el Bienio, casi dos años exactos después de su instauración, no sólo se recuperó la práctica anterior en este extremo, sino que se llevó a cabo de una forma radical. De hecho, ese mismo mes de julio de 1856 el Gobierno ordenaba a las "autoridades militares" que procediesen a la inmediata disolución de las existentes y, en agosto, una Real Orden del Ministro de Gobernación dejaba claro que era absolutamente necesario evitar « la política que prevaleció entonces », es decir, durante el periodo progresista. Como se especificaba en la exposición de motivos de dos decretos de mediados de Octubre posterior, todas las medidas iban dirigidas a restablecer « con toda su fuerza y vigor las leyes de 8 de enero y 2 de abril de 1845 sobre Ayuntamientos, Diputaciones provinciales y Consejos provinciales », lo que se hacía, y no por casualidad, en la misma disposición que restauraba las competencias del "Consejo Real". La razón aportada al respecto no era otra que considerarlas « el complemento natural y necesario de la Constitución de 1845. Forman un todo con ella y [...] bajo su influjo se estableció un sistema de Administración y Gobierno que introdujo en los negocios públicos el debido orden y concierto. Se crearon hábitos de seguridad y obediencia » (69). En otras palabras: superada lo que, con agudeza, don Adolfo Posada denominó « crisis de rectificación » de lo realizado en este extremo por los progresistas, se volvía al régimen centralista y jerárquico, basado en la desconfianza. Una nueva etapa, en fin, en la que los principios doctrinarios-moderados y progresistas — cada vez más alejados de su radicalismo inicial — representados por los partidos políticos surgidos de la escisión del liberalismo dictaban las oscilaciones entre el centralismo extremo y una « descentralización atenuada ». No carece de razón Posada cuando afirma que su característica más

(68) La Constitución recoge estos aspectos en el Título XI, artículos 74 a 77.

(69) RO de 13 de agosto y Ds de 15 y 16 de octubre de 1845. CL, T. 70/1856, p. 938 y ss.

relevante es « la persistencia del criterio legalista y abstracto para imponer *desde arriba* el régimen de provincias y municipios » (70).

12. *La Gloriosa y la aplicación de los principios del liberalismo radical. Diputaciones y Administración activa. La solución federalista del Sexenio.*

Tales son efecto, los principios que inspiran la regulación posterior hasta la revolución septembrina. Dejando al margen su directa influencia en la misma como algunos sostienen, lo cierto es que durante ese periodo la frecuentación legislativa del tema fue asidua, lo que indica la preocupación de los sucesivos Gobiernos conservadores por estos asuntos, fundamentalmente por la influencia en las elecciones. Sin contar los diferentes proyectos fracasados, destaca la Ley de 25 de septiembre de 1863 « de gobierno y administración de las provincias » (71), cuya implementación, a pesar de su opacidad y su visión centralista, que exasperó a través de la creación del Subgobernador provincial, necesitó diversos Reglamentos. No sorprende, por tanto, que una de las primeras medidas adoptadas tras la Revolución de 1868, consistiera, precisamente, en la promulgación de otra ley de signo claramente diferente (72). No sólo introducía una mayor transparencia, sino que otorgaba a las Diputaciones un régimen sustancialmente diverso que, voluntariamente, quería entroncar, como se declaraba en la Exposición de motivos de la misma, con « los principios políticos proclamados por los antiguos partidos liberales ». Es decir, aquellos que, tantos años atrás, el Diputado Argüelles, ante los presentes en las Cortes de Cádiz, había resumido en su presentación de la Constitución de 1812 en que « el régimen económico de las provincias » debía confiarse a « cuerpos que estén inmediatamente interesados en la mejora y adelantamiento de los pueblos ». Característica que el

---

(70) Adolfo POSADA, *El Régimen Municipal de la Ciudad Moderna*. Uso la edición de la Federación Española de Municipios y Provincias, 2007, pp. 425-7.

(71) *Ley y reglamento para el gobierno y administración de las provincias* de 25 septiembre de 1863. *Gaceta de Madrid*, 6 de octubre de 1863.

(72) Ley orgánica provincial de 21 de octubre de 1868. *Gaceta de Madrid* de 22 de octubre de 1868.

propio diputado vinculaba a elecciones periódicas y libres con el fin de evitar su perpetuidad y una dependencia directa de los respectivos gobiernos.

Con la nueva Ley se prescribía su inmediata restauración como órganos permanentes y, a diferencia del periodo anterior donde esta cualidad recaía en los Consejos provinciales, corporaciones encargadas de la « administración activa », encargadas de gestionar los intereses de las respectivas provincias. Y esta era la causa de que se su principal base fuera « una representación proporcional a la población de la misma ». Aunque no se puede decir que la visión centralista desaparecía, si se advierte esa « descentralización atenuada » como, con acierto, la denominó Posada en su día. Esta orientación aparece reflejada, aunque en una forma mucho más ambigua, en la Constitución de 1 de junio de 1869. Aquellas Cortes pluripartidistas aprobaron el Título VIII donde el artículo 99 introducía cinco principios, algunos de los cuales garantizaban la publicidad de las sesiones y de los presupuestos así como racionalidad impositiva con el fin de evitar discriminación u "oposición" tributaria entre Estado y Diputaciones. La irrenunciable premisa progresista del "equilibrio" Estado-provincia se conseguía mediante la intervención del Rey — esto es, Ejecutivo-Gobierno — para evitar « extralimitaciones » que perjudicaran los « intereses generales y permanentes ». Y, a estos efectos, se reconocía incluso la intervención de las Cortes en casos determinados. Naturalmente, todo ello se desarrolló convenientemente en la Ley Provincial de 1870 y en el puntual recordatorio en la *Gaceta* oficial de celebrar elecciones periódicas (73).

Para entonces, sin embargo, tales medidas eran ya insuficientes a causa del crudo afloramiento de un conflicto lastrado desde décadas atrás. A él se había referido el Ministro Benavides en la Exposición de motivos del Decreto de febrero de 1853 como el choque entre dos tendencias: el centralismo extremado y el « sistema contrario » (74). En aquel momento, el Ministro, sensatamente, se

(73) Ley Provincial de 20 de agosto de 1870. *Gaceta de Madrid*, 21 de agosto de 1870.

(74) Las palabras son concluyentes: « Si la una mata el espíritu público y debilita el patriotismo, la otra desarrolla el espíritu revolucionario y favorece todas las pasiones anárquicas ». Vid nota 67.

declaraba incapaz de encontrar una solución, de ahí la creación de una comisión de expertos. Pero ahora, apenas diecisiete años más tarde, aquella « tendencia anárquica », consecuencia directa del centralismo exacerbado de los Gobiernos moderados, no sólo saltaba a primer plano, sino que había sido teorizada desde posturas federalistas (75) y contaba con sus partidarios dentro y fuera de las Cortes. Cuando tuvo lugar la caída de la Monarquía, presentaron como solución la Constitución de 17 de julio de 1873 por la que la Nación española decretaba y sancionaba una Constitución federal republicana.

En el nuevo Estado, la organización administrativa-territorial, aplicación adaptada de las ideas "pactistas" de Pi y Margall uno de sus Presidente, se erigía sobre el Municipio, el Estado regional y el Estado Federal o Nación; por consiguiente, las Diputaciones desaparecen. Los dos primeros, esto es, el Municipio — regido por un Ayuntamiento elegido por sufragio universal masculino con autonomía económico-política, incluso en la administración de justicia civil y criminal, en el ámbito municipal y con obligación de rendir cuentas ante el concejo de vecinos- y el estado Regional — con « completa autonomía [...] económico-administrativa y toda la autonomía política compatible con la existencia de la Nación », se repartían sus competencias (76). El conflicto promovido por la consecución del "justo equilibrio", desaparecía en esta nueva estructura, al menos en el plano político, ya que, de hecho, se reconocía a Estados y Municipios la posibilidad de redactar sus propias "constituciones". En lo que aquí interesa, la Constitución Federal, siguiendo la interpretación federalista vigente, reconocía

---

(75) Vid José Antonio González Casanova, *Federalisme i autonomia a catalunya (1868-1938) documents*, Barcelona, Curial, 1974; Mª Victoria López Cordón, *El pensamiento político-internacional del federalismo español (1868-1874)*, Barcelona, Planeta, 1975; C.A.M. Hennessy, *La República Federal en España. Pi y Margall y el movimiento republicano federal, 1868-1874*, Madrid, Aguilar, 1966; Antoni Jutglar, *Pi y Margall y el Federalismo español*, 2 vols., Madrid, Taurus, 1974.

(76) Tales competencias, además, se incrementaban por efectos de la llamada "cuestión social". Entre otras específicas, destaca la obligación de los Ayuntamientos de facilitar la instrucción obligatoria y gratuita y facultaba a los estados para crear Universidades. Para los Estados, Título XIII artículos 92-105 y Municipios Título XIV, artículos 106-109.

además a los Estados regionales competencias residuales en « todos los asuntos civiles y sociales que no hayan sido dados por esta Constitución al Poder federal (artículo 96) ». Como se observa, la Constitución intentaba, además de presentar una solución a la "cuestión regional", también a la ya entonces incisiva "cuestión social" respalda por organizaciones de clase recién creadas. Sin embargo, las divisiones internas del republicanismo llevaron a la inmediata caída de una República repudiada por las Potencias del Concierto europeo, por consiguiente, sin apenas reconocimiento exterior y, con ello, el fin del Sexenio y la subsiguiente Restauración borbónica.

13. *El Estado no Activista: recuperación del "principio de autoridad". Reacción social y "municipalismo".*

Las bases del nuevo periodo que inaugura el Estado no Activista en España respaldado por el característico parlamentarismo finisecular, fueron la aplicación directa del pensamiento de Cánovas, uno de los más inmerecidamente famosos políticos, entroncaban con la versión más conservadora precedente. En todos los aspectos, incluidos los constitucionales. En el tema que aquí interesa, estas premisas quedaron puntualmente reflejadas a inicios del periodo en la exposición de motivos de un Real Decreto del Ministerio de la Gobernación de enero de 1875 que ordenaba « la restauración total o parcial de las Diputaciones y Ayuntamientos ». Con el grandilocuente leguaje de la época, se admite sin reservas que la primera atención del Ministerio-Regencia — esto, es, el Gobierno provisional hasta la llegada de Alfonso XII —, se dirigía a la « buena organización municipal y provincial ». Pero, inmediatamente, se declaraba la "absoluta libertad de acción del Gobierno" en este extremo, al mismo tiempo que la "severa imparcialidad y la más evidente justicia" que deberían presidir las elecciones, se suspendían por, como se decía, imperativo de las circunstancias. En su lugar se optaba por la designación directa a través de la ponderación de la « inteligencia, la propiedad, el trabajo y la honradez ». Como literalmente se afirmaba, se trataba ni más ni menos que recuperar el

« principio de autoridad » bajo el « protector amparo de la Monarquía » (77).

Los añejos principios moderado-doctrinarios, aparecían de nuevo, y extraordinariamente reforzados, en la época del Estado no Activista. De hecho inspiran la Constitución de 1876, de le que, significativamente, desaparecía el principio de la obligatoriedad de publicidad de las sesiones y, como era habitual en el conservadurismo español, se relegaba la aplicación y desarrollo de las directrices constitucionales para una ley posterior, naturalmente, siguiendo las pautas del Gobierno. Pautas que, en efecto, quedaron puntualmente reflejadas en la Ley de Bases aprobada en Diciembre de ese mismo año (78) , cuyo fruto fue la Ley Provincial de 2 de Octubre de 1877, la cual, en el apogeo del bipartidismo, sería sustituida por la de 29 de agosto de 1882 (79). En plena crisis del parlamentarismo decimonónico, donde los progresistas apenas tenían relación con sus antepasados hasta mediar el siglo, las dos tendencias mayoritarias del liberalismo, finalmente, poseían su propio estandarte en relación con unas instituciones consideradas eficacísimos instrumentos de actuación gubernamental por su fundamento en estrictos criterios de jerarquía que era, más bien, sumisión. En especial por los moderados quienes, por medio del Ministro de la Gobernación de uno de los primeros Gobiernos Cánovas, no vacilaron en invocar, en el límite del mandato, "el derecho que le asiste al Gobierno para fijar la recta interpretación de las leyes, restableciendo la buena doctrina administrativa". La *recta interpretación* consistía en la intervención

(77) « (la absoluta libertad de acción del Gobierno) base de toda buena administración y de las libertades públicas, dictando reglas que lleven a aquellas corporaciones el espíritu y la tendencia que imponen a un tiempo el bien público, las circunstancias del momento y la naturaleza de las nuevas constituciones [...] la más severa imparcialidad y la más evidente justicia presidan la designación de las personas a quienes ha de confiarse la administración de los pueblos [...] en base a la inteligencia, la propiedad, el trabajo y la honradez ». RD de 21 de Enero de 1875. CL, T. 114, pp. 79-80.

(78) Ley de Bases de 16 de Diciembre de 1876. *Gaceta de Madrid* de 17 de diciembre de 1876.

(79) Ley de Bases, *Gaceta de Madrid* de 4 de Octubre de 1877 y Ley provincial de 29 de agosto de 1882 en *Gaceta de Madrid* de 1 de septiembre de 1882, respectivamente.

directa en el proceso electoral mediante la declaración de la nulidad de las elecciones o censando directamente a los Diputados (80).

A esas alturas, estas corporaciones parecían haber alcanzado la cima de su desprestigio. Las actuaciones "caciquiles" eran la causa más visible del mismo, aunque una gran parte se debía, asimismo, a la completa indiferencia gubernamental hacia la resistencia social y hacia las denuncias un cierto sector doctrinal, que también caracterizan la época. Sobre todo por los Gobiernos conservadores que no fueron capaces de reaccionar hasta principios del Siglo XX. Me refiero, como es obvio, a la denominada "cuestión social" — que afectaba de lleno a buena parte de las atribuciones atribuidas a estas instituciones desde su nacimiento — y a la incisiva "cuestión regional", por un lado, y, por el otro, a las nuevas corrientes de la percepción y concepción de la Administración Publica. En lo que aquí interesa, es reseñable el impulso dado al "municipalismo", en buena parte promovido entre nosotros por la admiración de los krausistas hacia el modelo municipal británico, al que se presentó como alternativa ante el respaldo de la ciencia oficial a lo existente.

De las dos líneas que podían seguirse, autonomía o sometimiento jerárquico al Gobierno central, es claro el triunfo oficial de esta última en su versión más radical. Lo que equivale a decir que se abandonaba hasta aquella función de tutela otorgada al Estado por los progresistas de mediados de siglo. Queda claro por las abrumadoras facultades concedidas al Gobernador, incluso en la Ley del 82, que contrastan con las "funciones" de la Diputación, ahora prácticamente limitadas a la administración de los bienes provinciales y revisión e inspección de los acuerdos de los Ayuntamientos. Se

---

(80) El Ministro Romero Robledo en Decreto de 30 de Enero de 1881, dado a consecuencia de unas elecciones a la Diputación de Barcelona en las que cesó a Diputados a los que la corporación había dado acta. En él, se ratificaba la superioridad de los Gobernadores civiles e imponía la inspección para evitar que se dieran actas a los no electos porque la doctrina contraria « no es solamente inadmisible bajo el punto de vista de la rigurosa aplicación de los preceptos legales (sino que) se arrancarían por medios arbitrarios los derechos al sufragio de manos de los electores, proclamando Diputados que ellos no habían elegido y fuera del círculo donde únicamente tienen su directa y legítima intervención ». CL, T 126/1881, pp. 166-67. Teniendo en cuenta la fecha de la disposición, es obvio que se trataba de dejar una Diputación afín, ya que el Gobierno "progresista" Sagasta tomó posesión 9 días más tarde, el 8 de Febrero.

establecía, por consiguiente, una relación jerárquica que la doctrina oficial, encabezada por Santamaría de Paredes, el jurista más influyente durante el periodo sobre estos asuntos, respaldaba y divulgaba sin reservas. En tal relación, el Gobernador, la « primera autoridad a la cual encomienda la ley el régimen y la administración de la provincia (en su doble carácter de) delegado directo del Poder central y como jefe superior de la Administración local » ocupaba el primer lugar, y sólo después se situaba la Diputación. El mencionado publicista la define como un « cuerpo de representación popular, al cual corresponde exclusivamente la administración de los intereses peculiares de la provincia y ejercer funciones de superior jerárquico de los Ayuntamientos », es decir, de las corporaciones que ocupaban el último lugar de este específico elenco. El interés por mantener la situación pre-eminencial de estos delegados gubernamentales, cuyas competencias eclipsaban, y hasta anulaban, los "cuerpos populares", lo confirma el hecho de la creación de la Comisión Provincial como una institución consultiva del Gobernador (81).

14. *Crisis del Estado y reacción doctrinal. Azcarate, Posada y la "cuestión regional".*

La permanente dialéctica autonomía-dependencia total del Gobierno central vía Ministro de la Gobernación, que había caracterizado la vida de estas corporaciones a lo largo del siglo XIX, se resolvió finalmente a favor de la última. Pero fue precisamente esto lo que, en palabras de un administrativista de principios del siglo XX, las convirtió en organismos que « ejercían un verdadero cacicato político que asfixiaba la vida municipal » (82). Caciquismo electoral, corrupción económica — sus recursos procedían de los Ayuntamientos a través de la recaudación de contribuciones — y discriminación entre los pueblos de la provincia a causa de las

(81) Es decir, de una nueva institución integrada por una selección de Diputados y a la que se consideraba la tercera autoridad provincial por sus funciones ejecutivas y su consideración de superior jerárquico de los Ayuntamientos en ciertos asuntos. Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Derecho Administrativo*, pp.163, 170 y 183.

(82) Manuel BARAHONA y Nicolás FRÍAS, *Derecho provincial*, Madrid, Reus, 1926, p. 11.

atribuciones de carácter social — educación, beneficencia, régimen sanitario — que la legislación les otorgaba, eran los aspectos más incisivos de la crítica que, acerca de las Diputaciones, se hacía en el periodo a caballo entre los dos siglos. Es verdad que se pretendió hacer frente mediante la promulgación de leyes sociales especiales, pero las reformas estructurales que se emprendieron — en especial a través de los Proyectos Maura de 1907, Canalejas de 1912 y Cambó en 1922 — fracasaron de manera abrupta. Incluso el tan elogiado *Estatuto provincial* de la Dictadura de Primo de Rivera llegaba desfasado.

La respuesta se encuentra en la propia situación político-social característica del periodo entre-siglos. Por una parte, estaba la presión de los movimientos sociales, que obligó a abandonar las posturas abstencionistas de Estado asentado sobre la "propiedad y el contrato" en relación a la labor social de las Administraciones Públicas — prácticamente limitada a las cuestiones de beneficencia completadas por la Filantropía privada congenial al pensamiento burgués-individualista — de la que las Diputaciones provinciales eran todo un emblema. En otras palabras, se trata ni más ni menos que de preparar la transición del Estado no activista, asentado sobre la protección a la "propiedad y el contrato", al Estado prestador, en el que el Municipio iba a alcanzar un enorme protagonismo. En el otro lado se hallaba el gran despliegue del "regionalismo" y aún del "federalismo", que no dejaba de tener simpatizantes (83). En medio, aunque estrechamente conectada con ambas, está la labor de juristas implicados, que presentan sus propuestas renovadoras en el plano de la crítica político constitucional y técnico-jurídica.

En relación a lo indicado en último lugar, es suficiente señalar las posiciones defendidas por Gumersindo de Azcárate y Adolfo Posada. Dos anglófilos convencidos que tuvieron ocasión de confrontar sus posiciones en 1915 acerca de sus principales preocupaciones, en lo que aquí interesa, la "cuestión regional" y el "munici-

(83) Sobre todo debido a la obra divulgativa de autores como Fracisco Pi y Margall, *Las nacionalidades* (1877); *La Federación* (1880); *Constitución federal* (1883); Alfredo Brañas, *El regionalismo. Estudio sociológico, histórico y literario* (1889); Joaquín Sánchez de Toca Calvo, *Regionalismo, municipalismo y centralización*, Madrid, 1907; del mismo, *Regionalismo Municipal y Centralización*, Madrid, 1913.

palismo" (84), pero que, por esta razón, apuntan interesantes conclusiones sobre las Diputaciones provinciales.

Para el primero de ellos, y así lo defendió con vehemencia tanto en sus intervenciones parlamentarias como en los discursos académicos, el nudo de la cuestión orbitaba en torno a la « centralización, descentralización y regionalismo » (85). Azcarate es, desde luego, un defensor de la descentralización, pero aceptando que existen materias reservadas exclusivamente al Estado — lo *propio* del Estado — lo que le enfrentaba tanto a las tesis federalista de la línea Pi y Margall (86), como al regionalismo, término, según afirma, utilizado por vez primera en un escrito dirigido a Alfonso XII por los Diputados catalanes en 1885. En este caso porque, subrayando las diferencias — el célebre "hecho diferencial" de juristas y políticos del siglo XX —, « hace de la Nación algo artificial » cuando realmente es « una personalidad necesaria ». La solución, pues, estaba en la *descentralización*, la gran "cuestión batallona" como agudamente la califica, pero, y en esto residía la novedad, planteándola desde el terreno del derecho administrativo y no del político-constitucional, como se había practicado hasta entonces.

Y es precisamente en esa esfera jurídica donde tenían cabida las Diputaciones Provinciales, pues no en vano, Provincias y Municipios, a diferencia de los Partidos judiciales (durante mucho tiempo la circunscripción electoral de las mismas), no sólo eran « personas sociales vivas » sino « organismos naturales, verdaderas personas jurídicas ». Como tuvo oportunidad de explicar cuando, años después, participó en una reunión en defensa de estas Diputaciones, la solución consistía en extraerlas del ámbito de la política donde las había recluido el moderantismo-conservadurismo del siglo anterior

---

(84) Discurso de Ingreso de Adolfo Posada y contestación de Azcarate, el 15 de junio de 1915 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, apud Gumersindo de AZCARATE, *Municipalismo y regionalismo*, Madrid, IEAL, 1979, p. 194 y ss.

(85) Tal es título de la conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid el 16 de marzo de 1900, en ivi, p. 155 y ss.

(86) Azcarate rechaza del pensador catalán su punto de partida en un "pacto" por el que Regiones y Municipios podían redactar su propia Constitución. Por tanto, era una posición contraria a la concepción de *Residuary Power* norteamericano según la cual a los Estados sólo se le reconocía poder en las materias que no estaban expresamente atribuidas al Federal. Ivi, pp. 146-47.

con la consecuente sumisión a « las oligarquías parlamentarias », al estrictamente jurídico de un novedoso y reformador Derecho administrativo y, con ello, al de la eficiencia (87). En este contexto es donde, creo, debe introducirse su interpretación de las "extralimitaciones políticas" que, aplicadas a las mismas, figuraba en la Constitución como un obvio acto de "exceso" y aún de "desviación de poder", concepto sobre el que venía trabajando la doctrina europea contemporánea. Y también su reivindicación de una mayor sensibilidad legislativa hacia « los cambios sociales que tienen lugar actualmente », cuya atención podían cumplir en condiciones óptimas las Diputaciones si salían de la égida del poder central (88).

Diferente es la posición sostenida por Posada, especialmente volcado hacia el municipalismo desde presupuestos del *self-government* — al que, según él, se había renunciado en Cádiz — que él consideraba, desde una percepción ciertamente idealizada que no se correspondía a la realidad (89), había existido en Gran Bretaña desde 1835. Más abierto a los predicados regionalistas que Azcarate, para este constitucionalista la complejidad del problema residía en dos puntos sustanciales. El primero estaba en el origen de la creación de la Provincia, donde se había renunciado a criterios culturales, históricos y hasta geográficos para dotarla de una uniformidad artificial creada por la Ley. Es decir, se trataba de circunscripciones subordinadas integradas por cinco elementos (90), de los

---

(87) « [S]e ha confundido a estas corporaciones, que han sido consideradas absurdamente como elementos de la Administración, del Poder Ejecutivo ». Intervención en el encuentro sobre la prohibición de la Asamblea de Diputaciones provinciales en Valladolid en 1915. Ivi, p. 363 y ss. El párrafo, p. 370. La calificación de personas sociales y organismos vivos, en p. 149 y 152.

(88) Ivi, pp. 375-76.

(89) Es seguro que Posada compartía la tesis de que « for the local authorities are the same flesh and blood as de sovereign" de Sir John MAUD, *Local government in England and Wales*, London, 1932. Cito por la 2ª, Oxford U.P, 1953, p. 5. Sin embargo, el sistema introducido por la Ley de 1835 y que estuvo vigente hasta principios del siglo XX, en realidad hasta 1914, no muestran una gran diferencia al decir Bryan KEITH-LUCAS y Peter G. RICHARDS, *Historia del régimen municipal inglés en el siglo XX*, Madrid, IEAL, 1980, incluido el debate finisecular acerca de la municipalización de servicios y elecciones por contribuyentes. Vid p. 21 y ss.; 55 y ss.

(90) « 1º, comarca determinada por la ley o acción de gobierno, 2º población, 3º capital como centro de acción gubernativa, 4º corporación en parte representativa de la

que las Diputaciones sólo eran el cuarto. El segundo, en el historicismo, conforme al cual la tendencia individualista, dominante en el siglo precedente, era destruida por impulsos sociales que buscaban « aniquilar todas las formas de vida social que implican el aislamiento, y que suponen un mismo ser humano colectivo bajo una misma condición física » (91). En otras palabras, el tránsito del Estado no Activista individualista al Estado Social de base comunitaria y la consecuente sustitución jurídica del término individuo por el de persona.

Resulta, a este respecto, sumamente ilustrativa la diferenciación de dos etapas aplicada a esa transición durante la Restauración. Existe, expone, una primera que alcanza hasta 1907, fecha del Proyecto Maura, en la que el régimen jurídico de las Diputaciones sigue siendo básicamente el mismo, pero donde se contempla la materia como un "problema político". Y una segunda, que llega hasta II República, en que pasa a calificarse de "nacional", fundamentalmente, porque se trata de dar respuesta « a los anhelos regionalistas, agudizados sobre todo en Cataluña ». Pensando en su solución, se redactó el Estatuto de 1925, donde el *uniformismo* legal anterior se rectificaba, bajo la influencia aristocratizante de Joaquín Costa, prestando atención a las « instituciones vivas consuetudinarias ». Para Posada, el « intenso regionalismo » que se vivía ponía de relieve el fracaso de la concepción de la *provincia*, y con ella, el de la Diputación como órgano político-económico. En su lugar, emergía con fuerza otro concepto — más realista; realista, precisamente, por sus bases históricas-, el de *Región* como "cosa viva", para el que la vieja organización territorial y administrativa del Estado constitucional no sólo era anacrónica, sino ineficaz (92).

---

comarca (Diputación provincial) y 5º un funcionario Jefe Superior que tiene en su mano el gobierno político de la provincia, nombrado por el Rey ». Adolfo POSADA, *Escritos municipalistas y de la vida local*, Madrid, IEAL, 1979, pp. 179 y 289.

(91) Ivi, p. 142.

(92) Adolfo POSADA, *El régimen municipal de la ciudad moderna*, Federación española de Municipios y Provincias, 1936, pp. 455 y 296.

15. *La respuesta de los juristas a caballo entre dos siglos y su influencia en la legislación de la I Dictadura. La influencia de las nuevas corrientes administrativistas.*

Estas dos posiciones resumen, a mi entender, las líneas que, al respecto, se sostenían desde las posturas más sensibilizadas y desde una perspectiva fundamentalmente juridica. Sus diferencias indican con claridad que la de Azcarate es la propia de un jurista de frontera y la de Posada la de un jurista más próximo al nuevo orden. En todo caso, ambas discurren paralelas y son complementarias a las que, al mismo tiempo, se producen en el ámbito más técnico del derecho administrativo. Desde las nuevas concepciones del mismo (93) hasta las categorías de derecho público, generadas en plena crisis del Estado, formuladas para responder a los cambios producidos en el mismo. Pero también en la sociedad, cuyos integrantes luchaban por abandonar el *status subiectionis* y entrar de lleno en los *status civitatis* y *activae civitatis*, con las consiguientes prestaciones y actuaciones del Estado a favor de los individuos y superar así aquella *Staatsfrei Sphäere*, connatural al individualismo que sustentaba en Estado no Activista y, en general, el decimonónico. Ya no es sólo la emergencia del término función estrechamente conectada a las corrientes del así llamado "derecho social", sino los cambios operados en la noción de derecho público subjetivo — como la acuñada por Jellinek, que venía a sustituir la interpretación Jheringiana de interés al considerar la voluntad como un medio y no un fin — la ya mencionada de desviación de poder, definida por los institutistas franceses como « uso de un poder para fines y por motivos diferentes a los que fue conferido » — es decir, vinculada a la moralidad administrativa y a la consideración de la Administración como intermediación entre el ciudadano y la comunidad, tal y como defendía Hauriou (94). Y, por

(93) Además de las aportaciones francesas, y el Derecho Administrativo de Adolfo Posada, es particularmente interesante, por representativo y renovador, el libro de Adolf MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Traducción española*: Teoría General del Derecho Administrativo*, Granada, Comares, 2004.

(94) Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Trad. esp. de Fernando de los Ríos, Montevideo-Buenos Aires, 2008, en particular p. 524 y ss.; 770 y ss.; Maurice HAURIOU, *Precis de droit administratif*, Paris, 1900-1901. Vid el artículo de Fernando GARRIDO FALLA, *Derecho público subjetivo*, en la *Enciclopedia Jurídica Seix.*

supuesto, la de servicio público sobre la que tanto se discutió entre nosotros al comenzar el siglo. En realidad, era la base de lo que el propio Azcarate había denominado « socialismo municipal para diferenciarlo del socialismo de Estado » (95) y, también, el principal pilar de la *Legge sulla municipalizzazioni dei publici servizi* italiana de 1903, analizada con atención por algunos administrativistas españoles (96). De hecho suscitó gran interés en el intenso debate, integrado en el marco del omnipresente *regeneracionismo*, sobre la capacidad de las personas jurídicas, cualidad que algunos aplicaban a los municipios, aunque no siempre a las provincias.

Son, de todos modos, elementos que es conveniente tener en cuenta en el examen del *Estatuto Provincial* de 20 de marzo de 1925 (97). Una norma que, según consta en el *Preámbulo* de la misma, se dictaba para conceder a las Diputaciones provinciales una autonomía de la que, hasta ese momento, no había habido "ni sombra". Por tanto, para liberarlas de las nocivas injerencias de la Autoridad administrativa « que frecuentemente revocaba sus acuerdos ». En este sentido, se presentaba a sí misma como un modelo de descentralización, al declarar la elección popular de los diputados y eliminar el voto del Gobernador. La prueba definitiva, al decir de los redactores y su principal impulsor, la aportaba « la sustitución del recurso gubernativo por el judicial ».

Sin embargo, el articulado del Estatuto desmiente lo expuesto, como corresponde a una norma elaborada durante la primera etapa de la Dictadura de Primo de Rivera. Porque la « injerencia gubernativa » no desaparecía, ni tampoco exactamente se la confinaba « al último rincón » como ahí se exponía; más bien se le confirieron al Gobernador competencias dictadas para el mantenimiento del régi-

---

(95) AZCARATE, *Municipalismo*, p. 169.

(96) Uno de los primeros administrativistas españoles en tratar el tema fue José GASCÓN Y MARÍN, *Municipalización de Servicios Públicos*, Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1904. Pero un lúcido análisis en Nuria MAGALDI MENDAÑA, *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado Social a la luz de la municipalización de servicios*, Madrid, INAP, 2012, un libro que va mucho más allá de lo que su título indica.

(97) *Estatuto provincial* aprobado por Real Decreto de 20 de marzo de 1925. Madrid, Reus, 1925 y *Gaceta de Madrid* de 21 de marzo de 1925; rectificación *Gaceta* del 31 de marzo de 1925.

men político que entroncaban directamente con las perores prácticas de la época precedente. Entre ellas, la suspensión de acuerdos por razones de orden público o de infracción legal y, sobre todo, la represión de las "extralimitaciones". Por no aludir a la Comisión provincial, integrada por los diputados de "base corporativa", a los que la propia norma calificaba de « verdadero órgano rector de la provincia ». De una calidad técnica irreprochable, el Estatuto no sólo llegaba tarde, sino que, además, ni siquiera resolvía los problemas endémicos.

Desde esta perspectiva, resulta, desde luego, mucho más interesante en Anteproyecto de Constitución de 1929, la no-nata de Primo de Rivera. Sus títulos VIII, sobre el servicio público, cuya gestión se reservaba al Poder Ejecutivo, y IX, sobre la división territorial, revelan, en efecto, una influencia directa de las aportaciones doctrinales aludidas así como testimonian la ruptura formal con los modelos constitucionales anteriores en lo que a este tema se refiere. Es, a este respecto, cierto que incorpora los principios establecidos por el Estatuto del 25, pero las innovaciones no son descartables. En particular, en la definición de Provincia a la que, a diferencia del Municipio, considerado como en el Estatuto una asociación natural, era sólo « una circunscripción intermedia entre el Estado y los municipios, cuya representación legal corresponde a las Diputaciones provinciales ». En este sentido, es incuestionable el propósito de dar respuesta a los problemas más acuciantes y, en particular, al regionalismo, en este caso, mediante la admisión de que las Diputaciones pudieran mancomunarse provincialmente (98).

16. *La II Republica. Estado integral y expulsión de las Diputaciones del texto Constitucional.*

La inmediata caída de la Dictadura impidió que el proyecto prosperase, aunque es probable, aun sin las específicas circunstancias políticas, que sus soluciones no prosperaran. A esas alturas, las expectativas eran distintas. Así, al menos, se puso de manifiesto tras el Pacto de San Sebastián, firmado en 1930 por republicanos y

(98) *Anteproyecto*: Titulo IX « De la división administrativa del territorio y del régimen local », arts. 75 y 90.

catalanistas. Las condiciones de estos últimos dejaron claro que, en su modelo político-constitucional, no había lugar para las Diputaciones tal y como, poco después, se patentizó en el debate sobre la Constitución en las Constituyentes.

Como es obvio, el tema también está muy presente en el proceso de redacción del texto constitucional. El propio presidente de la Comisión Jurídica Asesora reconocía en el escrito de elevación al Ministro del Anteproyecto de Constitución que la principal preocupación de la subcomisión de Constitución « fue la referente a la estructuración de España en un régimen unitario o federal ». Pero, al mismo tiempo, hacía constar que « las provincias habían adquirido en el curso de un siglo, personalidad y relieve que nadie puede desconocer ». En consecuencia, la solución arbitrada para « La estructura Nacional » de la República Democrática española, a la que se dedicaba el Título I, se asentaba sobre municipios y provincias. Es cierto que el artículo 3 dejaba la puerta abierta a que « una o varias provincias limítrofes entre sí » pudieran constituir una entidad autónoma para fines administrativos. Pero es, asimismo, ilustrativo que, entre los requisitos exigidos al efecto, se encontrara el informe preceptivo de « las Diputaciones provinciales correspondientes » (99).

Era, por consiguiente, un texto que, en lo que aquí interesa, se mostraba todavía muy dependiente de la tradición histórica. En tales circunstancias se comprende que, desde el momento en que se conoció, los Ayuntamientos dirigieran al Presidente de las Cortes los escritos referidos al inicio de este trabajo en los que reivindicaban para ellos la gestión directa de las atribuciones que, sobre todo en materia fiscal, poseían las Diputaciones (100). Estos escritos se tras-

---

(99) El proyecto en Luís JIMÉNEZ DE ASUA, *Proceso histórico de la Constitución española.* Madrid, Reus, 1932. Vid también SANTOS JULIÁ, *La Constitución de 1931*, Madrid, Iustel, 2009.

(100) Bastará con poner dos ejemplos. Así, el Alcalde Ponferrada (León) exponía es escrito elevado el 20 de julio de 1931 que « las mayores cargas que soportan los municipios son indudablemente las Diputaciones Provinciales, organismos que no respondiendo a la función necesaria, pueden ser eliminados y atendida la misión que ahora desempeñan, en la forma que se expresará ». Con ello « cesaría el agobio de los Ayuntamientos, que están sirviendo de tiranos a sus administrados para con exceso sufragar los superfluos gastos provinciales. Si la época actual supone llegada la hora en

ladaron a la Comisión de Constitución, integrada por delegados de todas las fuerzas con representación parlamentaria, y es obvio que, al menos, sus miembros tuvieron la posibilidad de consultarlos. En este sentido es presumible que, incluso, hubieran ejercido una cierta influencia, porque, a pesar de los enfrentamientos, y hasta defecciones, que se produjeron en su seno, se redactó un Proyecto esencialmente diferente del anterior en lo que afecta a este tema como muestra el artículo 8º — el primero de los dedicados a la "Organización nacional" —. Conforme al mismo, el Estado español « quedará integrado por municipios, mancomunados en provincias directamente vinculadas al Poder central, y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía ».

El protagonismo de la provincia — ya se considerase una creación artificial, una asociación natural o, como en el Estatuto, una circunscripción intermedia — cedía a favor de los Municipios y las Regiones. Pero se conservaba « el centralismo impenitente », como señalaba más tarde el propio Posada, miembro de la Comisión que redacto el Anteproyecto, en su lúcida crítica al régimen republicano en estos extremos (101), por más que encontrara justificación en el "intervencionismo" consustancial al Estado Social de aquella, como la calificó Jiménez de Asúa, Constitución de izquierdas. Las concesiones al municipalismo y al regionalismo, en todo caso, parecen evidentes (102).

---

que los pueblos puedan sacudirse el yugo que los atenaza, el Gobierno que nos rige, en su obra de nueva estructuración burocrática, habrá de reconocer la nulidad de ese organismo. Y en este entender, esperando que este escrito no sea un hecho aislado sino la aspiración unánime de todos los municipios de la Nación a quienes se le hace imposible la vida municipal con las múltiples cargas provinciales, proponen su desaparición y en su lugar se acuerde » (las medidas, como en los demás escritos consisten por lo general en gestión directa de las obras públicas y entendimiento directo con el Estado en los asuntos de impuestos). El alcalde de Sierro (Almeria), en ese mismo día las calificaba de rémora y pedía su supresión « lo antes posible »; el Pachina, también de esa Provincia, decía que eran « una pesada carga » y encontraba imposible sufragar los excesivos gastos, destinados además sufragar « gastos superfluos e innecesarios ». Y otros varios pedían su directa eliminación o las declaraban inútiles". *Archivo del Congreso de los Diputados* (ACD), Serie General, leg. 539, 1-16, 9.

(101) POSADA, *El Régimen Municipal*, cit., p. 435 y ss.; p. 447.

(102) El *Proyecto* en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (DSCC), apéndice 4º al nº 22.

La evolución posterior es sobradamente conocida. Tras un arduo debate inaugurado por el aclamado discurso del ministro socialista Fernando de los Ríos (103) en el que defendía « una economía planificada [...] sojuzgada [...] sometida [...] disciplinada y subordinada al interés público » se aprobó la definitiva redacción del articulo 1º, situado, exactamente, en la parte programática de principios y valores. En el mismo constaba que la República era un « Estado integral, compatible con la autonomía de Municipios y Regiones ». Tan genuina enunciación se ampliaba en el artículo 8º — el primero del Título I dedicado a la « organización nacional » — donde se hacía constar que el Estado español estaba integrado por municipios mancomunados en Provincias y por las regiones « que se constituyan en régimen de autonomía » eliminando la visión centralista del *Proyecto* que se sedujo a los territorios africanos. Es decir, también aquí la provincia desaparecía como punto de referencia principal y, con ello, se expulsó a las Diputaciones del texto constitucional.

En el laborioso proceso hasta ese punto de arribo, sólo hubo una protesta al respecto: la enmienda presentada por un Diputado donde se defendían las bondades de estas corporaciones. En el debate parlamentario pasó desapercibida ante el desbordante y apasionado enfrentamiento entre, sobre todo, los partidarios del Estado unitario nacional, del Integral y los diputados catalanistas que no veían suficientemente reflejadas sus aspiraciones (104). La añeja confrontación entre el federalismo y el regionalismo seguía sobrevolando sobre las Constituyentes. Aún así, tomaba carta de naturaleza constitucional aquella aspiración regional que tenía antecedentes remotos en el proyecto Escosura de 1847 y, como recordaba el Diputado Osorio en la sesión de 22 de septiembre de 1931, había encontrado un cierto respaldo institucional del propio Consejo de Estado cuarenta años más tarde. Para la mayor parte de

(103) El inteligente discurso resumía las tesis socialdemócratas, ya que estaba construido como superación de la antítesis que en el liberalismo decimonónico suponía el binomio "poder y libertad" en el marco de una "economía libre" que convertía a los hombres en esclavos". DSCC, sesión del 3 de septiembre de 1931, p. 749 y ss.

(104) Se trata del Diputado y miembro de la Comisión de Constitución Juan Castrillo, quien no sólo presentó una enmienda sobre el particular y un voto particular sobre todo el Proyecto, sino que redactó su enmienda sobre el artículo 4, donde reproducía íntegramente el sistema existente ACD, Serie General.

aquellos representantes, las Cortes Constituyentes, en definitiva, habían hecho triunfar el "hecho común" de la región sobre la "artificialidad" de la Provincia (105).

La expulsión del texto constitucional no significó, sin embargo, la desaparición de las Diputaciones. A pocos días de instauración de la República, el propio Gobierno Provisional, por medio del Ministro de la Gobernación — el radical socialista Álvaro de Albornoz — se dirigió a la de Madrid obligándola a utilizar los fondos estatales del Banco de Crédito Local para promover obras públicas destinadas a paliar la crisis generada por el "paro obrero" en los pueblos de provincia. Y a tan sólo cinco días de la promulgación de la Constitución, el 4 de Diciembre de 1931, el propio Presidente del Consejo de Ministros, Manuel Azaña, firmaba un decreto en el que se establecían estrictas medidas económicas y fiscales relacionadas con el gasto, el déficit y la inversión, encomendado a las Comisiones Gestoras creadas por el Estatuto del 25, al que se había depurado de sus partes más totalitarias, el desarrollo de una actividad económica fuertemente fiscalizada por el Ministro de la Gobernación, pero en las que alcanzaban gran protagonismo los Ayuntamientos (106).

Basada en los principios de Democracia — incluso directa, ya que reconocía los Concejos abiertos — y autonomía, la Constitución de 1931 recogía, aunque, como expone Posada, « en términos no siempre afortunados » (107), viejas aspiraciones. Pero como demuestra la propia evolución de la República, a pesar de los intentos al respecto mediante la potenciación de Comisiones Gestoras, sobre todo durante el primer Bienio, no fue tan fácil erradicar las oligarquías caciquiles provincianas. En realidad, estas siempre habían

---

(105) Este Diputado, en efecto, citaba textualmente una resolución del Consejo de Estado en 1887 que ya reconocía que « hay en todos los estadistas un marcado deseo de suprimir las provincias creando grandes prefecturas o regiones ». DSCC, sesión 22 de septiembre de 1931, p. 1055 y ss. Vid también la intervención de Leizazola en Ivi.

(106) Decretos de 29 de Abril y 4 de Diciembre de 1931, *Gaceta de Madrid*, de 1 de mayo y 5 de Diciembre de 1931.

(107) POSADA, *El régimen*, p. 442 y del mismo *La nouvelle Constitution espagnole/La nueva Constitución española*, Paris/Madrid, 1932, p. 130 y ss. Cito por la reimp. del INAP, 2006, con introducción de Joaquín VARELA SUANZES.

encontrado en las Diputaciones Provinciales un lugar natural de asentamiento y una resguardada hornacina para practicar su cínico « juego administrativo » (108).

(108) La expresión « juego administrativo » y ese expreso significado de cinismo en Guy FRANÇOIS, *Le jeu administratif II*, en « La Revue Administrative. Histoire, Droit Société », nº 389, Septiembre-Octobre 2012, p. 500.

Figure dell'esperienza

PAOLO GROSSI

ENRICO FINZI: UN INNOVATORE SOLITARIO (*)

1. Perché riproporre, oggi, il messaggio scientifico di Finzi. — 2. Enrico Finzi e i suoi fecondi trapianti bolognese e fiorentino. — 3. Il recupero della complessità del diritto e il nuovo ruolo per il giurista. — 4. L'osservazione dei fatti e la loro sistemazione mediante rigorose categorie ordinanti: Enrico Finzi apprendista nella officina pragmatistica. — 5. Finzi: un personaggio scientificamente e accademicamente solo. — 6. Qualche cenno ai criterii per la selezione dei testi finziani presenti in questa raccolta. — 7. Enrico Finzi: un civilista pos-moderno. — 8. Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1915: *Il possesso dei diritti*. — 9. Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1920: *Studi sulle nullità del negozio giuridico*. — 10. Sul contenuto della presente raccolta. — 11. *Le teorie degli istituti giuridici* (1914). — 12. *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà* (1922). — 13. *Diritto di proprietà e disciplina della produzione* (1935). — 14. *Verso un nuovo diritto del commercio* (1933). — 15. Qualche cenno sul prosieguo della raccolta. — 16. *Conflitto tra principii generali del diritto* (1927). — 17. *Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Real*e (1928). — 18. *Sulla riforma legislativa delle società commerciali* (1929). — 19. *Società controllate* (1932). — 20. *Aspetti giuridici delle società cooperative* (1936). — 21. *Riflessi privatistici della Costituzione* (1950). — 22. *La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio)* (1952).

1. *Perché riproporre, oggi, il messaggio scientifico di Finzi.*

Chiamato dagli amici Italo Birocchi, Antonello Mattone e Marco Miletti a redigere la 'voce' *Enrico Finzi* per il 'Dizionario dei giuristi italiani' da essi opportunamente promosso e in via di realizzazione, ho voluto e dovuto rileggere con attenzione tutta l'opera scientifica di Finzi, buona parte della quale è custodita nella mia personale biblioteca giuridica, diventata oggi il 'Fondo Paolo Grossi' della Biblioteca del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' dell'Ateneo fiorentino.

(*) Il presente saggio, che ha una sua compiuta autonomia, costituisce anche la 'Introduzione' alla raccolta di scritti minori di Enrico Finzi, che viene pubblicata quale volume nella "Biblioteca" del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno.

Tra gli 'estratti' disseppelliti c'era anche quello contenente la Relazione su *Diritto di proprietà e disciplina della produzione* letta da Finzi nel Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario del 1935, Relazione che è sicuramente il testo finziano più noto e più circolante tra i giuristi italiani. Ed ho, dopo tanti anni, riletto con commozione la dèdica vergata sul frontespizio da una mano ancora ferma: « *Al caro collega Grossi, con molta stima e con qualche attesa che attui alcuni miei progetti.* E. FINZI ».

La dèdica — senza alcuna datazione — ha, però, rinverdito immediatamente il ricordo della precisa occasione in cui fu scritta. Eravamo nell'inverno del 1972, ed io ero andato a visitarlo nella sua signorile casa di Lungarno Vespucci per parlargli dei nascendi 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno', ai quali egli era interessatissimo. Per rendere più chiaro al lettore la consecuzione dei piccoli eventi, che vennero a riguardare congiuntamente me e Finzi, mi sia consentito un discorso più disteso.

Dopo che io, nel giugno del '71, varai l'iniziativa dei sopradetti 'Quaderni' diffondendo tra parecchi giuristi e storici operanti in Europa e anche Oltreatlantico la 'pagina introduttiva' programmatica del primo volume in formazione, Vittorio Frosini, nell'autunno dello stesso anno, ebbe la generosità di parlarne con accenti di piena adesione sulle colonne del 'Corriere della sera'. Finzi, al quale non avevo inviato la 'pagina', letta che ebbe la segnalazione di Frosini, si affrettò a scrivermi la lettera che trascrivo qui di seguito:

> Caro Grossi, leggo ora sul Corriere della Sera una notizia che mi fa piacere: la sua iniziativa per una consapevole storia del pensiero giuridico. Da molti anni ne sento, e ne predico, la necessità. Venticinque anni or sono la propagandai con Calasso, che volle anche pubblicare, sulla sua Rivista per le scienze giuridiche, le mie parole di apertura al Seminario di applicazione forense (che Le invio in un Estratto che son riuscito a rintracciare [1]), ma invano. Ora, finalmente, vedo che è venuto chi si accinge a colmare una incredibile lacuna della nostra cultura. Bravo! Mi ricordi ai colleghi che non mi hanno dimenticato, e si abbia le cose più cordiali dal Suo FINZI
>
> Lungarno Vespucci 68, 28.XI.71.

Fu proprio nei mesi successivi che io trassi dalla lettera il motivo per rendergli visita, e fu allora che mi donò il suo 'estratto'

---

[1] Si tratta di: E. FINZI, *Avviamento all'arte forense*, in « Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche », Nuova serie, I (1947) (il riferimento, di cui parla Finzi, è a p. 291).

con dèdica assai significativa. Ma v'è un altro episodio, che mette conto di riferire perché in stretta connessione a quanto si è or ora narrato. Quando, nella primavera del 1972, apparve finalmente il primo 'Quaderno' preannunciato con parecchio anticipo, ne inviai con soddisfazione una copia anche a Finzi, ed egli tornò a scrivermi una seconda lettera che mi piace partecipare al lettore:

> Caro Grossi, ho ricevuto i "Quaderni fiorentini" e mi affretto a ringraziare ed a rallegrarmi: felicissimi e ad alto livello, nati per destare e contribuire a concretare quella storia della letteratura giuridica, che da tanto tempo auspico e spero, e che considero una esigenza inderogabile per colmare una incredibile lacuna della nostra cultura. Chi sono, chi furono e come si formarono e che cosa hanno tramandato quegli storici del diritto e cultori del diritto positivo che hanno elaborato troppo isolati le loro tecniche? Qualcuno dei saggi raccolti prelude a questa ricerca (tipico quello del Cassese), ma occorre intanto che la tua scuola tracci lo schema generale almeno della storia delle letteratura giuridica italiana dopo l'Unità, e ne emergano le figure maggiori, e la loro influenza, e il formarsi progressivo delle Scuole e degli stili, e i travasi dottrinali da un campo all'altro, e la tecnica usata, e il linguaggio mutato, e la connessione costante del giurista alla vita sociale del suo tempo, e tante e tante altre cose. Chi ha dato il via al moderno diritto amministrativo, chi al moderno diritto commerciale, e al diritto comparato, e al diritto agrario ed altre formazioni organicamente quasi nuove? Non è storia anche questa? Aggiungi, dunque, una rubrica ai Quaderni, e che sia destinata a diventare essa stessa quaderno!
>
> Grazie ancora, e tante cose cordialissime dal vecchio FINZI 3.VII.72.

È chiaro che l'attesa, di cui Finzi parla nella dèdica, era per il progetto di una, da lui tanto vagheggiata, *storia della letteratura giuridica italiana*, un vuoto deplorevole e — allora — sostanzialmente incolmato. Nella conversazione telefonica, che seguì al ricevimento della sua seconda lettera, non mancai di fare delle precise promesse; e qualcosa ho fatto a più riprese. Vàlgano soprattutto *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859/1950* (1986), *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950* (2000) a lui espressamente dedicata, nonché *Nobiltà del diritto - Profili di giuristi* (2008), tre libri che immancabilmente gli sarebbero piaciuti.

Al contrario, Finzi, signorilmente sempre assai riservato, non avrebbe mai osato chiedere una raccolta di suoi scritti minori; le sue attese verso il giovane collega miravano a ben altro, e l'ho or ora chiaramente puntualizzato. Il progetto di una raccolta mi si è profilato netto rileggendo certe pagine finziane, che mi hanno

riproposto ancora una volta, nella loro assoluta freschezza, una carica forte di intuizioni e il disegno di paesaggi giuridici proiettati in un tempo futuro anche assai lontano.

E un imperativo mi si è affacciato nella mente: abbiamo riempito le biblioteche di obese raccolte di saggi minori meritevoli spesso di restare latenti nelle varie nicchie originarie, e non abbiamo — invece — mai pensato di offrire al giovane giurista di oggi la possibilità di rileggere organicamente almeno i più incisivi saggi di uno straordinario pensatore della prima metà del Novecento, parchissimo nelle sue epifanie ma — il più delle volte — autore di rara originalità e spesso clamorosamente anticipatorio di futuri sviluppi della scienza giuridica di *civil law*.

È, pertanto, da una duplice consapevolezza che questo volume collettaneo prende la sua origine: lungi dal riesumare cose morte, si ripropòngono pagine vive e vivaci, che la sparsa collocazione in pubblicazioni di difficile accesso e reperimento ha coperto di una ingiustificata dimenticanza; si rende un grosso servizio soprattutto al civilista italiano giovane e giovanissimo, avvezzo a una produzione cosiddetta scientifica troppo spesso meramente compilatoria e, quindi, contrassegnata da un piattume inespressivo e impersonale.

Tra i numerosi scritti minori di Finzi ho selezionato quelli che, muovèndosi su di un piano rigorosamente scientifico, a mio avviso, non hanno sofferto l'usura del tempo e la cui attualità è indiscutibile; accanto, anche alcuni scritti che recano la sua impronta scientifica inconfondibile e che sono — di per sé — un contributo a marcare l'originalità del giurista che li ha redatti. Renderò conto al lettore di una siffatta scelta nella seconda parte di questa introduzione, dopo aver tentato di puntualizzare — per colui che incontra le pagine di Finzi per la prima volta — la cifra culturale del personaggio e avere, pertanto, concorso a una prima opportuna iniziazione.

2. *Enrico Finzi e i suoi fecondi trapianti bolognese e fiorentino.*

Finzi, mantovano di nascita [2], per motivi personali e familiari

---

[2] Era nato a Mantova, da una famiglia di solido ceppo ebraico, l'8 settembre 1884. Si spengerà il 5 gennaio 1973 a Firenze, città nella quale — per sua consapevole scelta — risiedeva da più di sessanta anni.

che non sono in grado di individuare, si iscrive per l'anno accademico 1902/03 al primo anno della Facoltà giuridica torinese, ma già per il successivo anno accademico si trasferisce prontamente a Bologna, dove seguirà continuativamente i normali corsi (3) e dove il 5 luglio del 1907 conseguirà la laurea in Giurisprudenza (4). Probabilmente, a Torino non aveva trovato un ambiente congeniale, né maestri con cui poter fattivamente dialogare (del resto, il civilista dominante era Gian Pietro Chironi, le cui incertezze metodologiche insieme a talune intuizioni inadeguatamente argomentate, secondo un più tardo ma preciso giudizio di Finzi, non riuscivano a prendere ordinata forma « tra le nebbie ond'è spesso velato il suo pensiero ») (5).

A Bologna, invece, può agevolmente compiere una comparazione, che va a tutto discapito dei maestri torinesi; ed è con Giacomo Venezian, il civilista innovatore che non aveva esitato a infrangere vecchie dommatiche ormai consunte ma ancora prosperanti nell'animo accidioso della civilistica accademica italiana. Proprio su un tema scottante e bisognosissimo già allora di profonde revisioni, la responsabilità civile, faceva spicco, rispetto alla tradizionale analisi di Chironi fatta riposare in due ponderosi volumi, la visione tutta nuova consegnata da Venezian a poche dense — e, soprattutto, antesignane — pagine. Finzi, indubbiamente nella sua qualità di studente intellettualmente dotatissimo, lo assume a suo maestro sul piano culturale prima ancora che su quello tecnico, e dal suo dirompente messaggio scientifico rimarrà costantemente impressionato per tutta la vita, come dimostrano le continue citazioni esprimenti una incondizionata ammirazione (6).

---

(3) Dai *Registri delle carriere degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza* risulta iscritto per gli anni 1903/04, 1904/05, 1905/06.

(4) *Verbali delle lauree — Giurisprudenza*, anno 1907.

(5) Parole scritte con brutale franchezza dallo stesso Finzi in un suo più tardo volume (E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico — I — L'art. 1311 del Codice Civile*, Bologna, Zanichelli, 1920, p. 49.

(6) È in ambi i due volumi redatti da Finzi il riferimento alla "magnifica prolusione" bolognese di Venezian in tema di tutela dell'aspettativa (cfr. E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, Athenaeum, 1915 — rist. Milano, Giuffrè, 1968, p. 169; e *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 91). In un suo discorso inaugurale del 1922 (*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in « Archivio Giuridico », XC (1923), egli

A Bologna il giurista novizio dovette trovarsi a suo agio: la presenza forte di Venezian, le presenze significative di Silvio Perozzi e di Giuseppe Brini, due romanisti di notevole vaglia, preziosi per la diversità del rispettivo approccio metodologico, dovettero contribuire non poco. E Bologna resta per Finzi un sicuro riferimento accademico. Trasferìtosi a Firenze perché attratto da una città che sta vivendo nel primo decennio del secolo uno straordinario momento di vivacità culturale (7), entrato nello studio professionale del processualista Carlo Lessona per prepararsi alla avvocatura, egli continua, però, a far capo alla *Alma Mater* per l'esame di libera docenza (valutato da una Commissione in cui sedevano, fra gli altri, Venezian e Perozzi), e dal 17 giugno 1915 vi risulta iscritto quale libero docente di 'Diritto civile' (8).

In quel brillante giovane mantovano si vennero a congiungere due circostanze positive per la sua formazione intellettuale: il risveglio da una opaca sonnolenza, che, in lui giurista, era provocato da taluni maestri universitari bolognesi; la scelta fiorentina, con il conseguente fecondo contatto con un ambiente reso vivido e anche virulento dal « Leonardo », la Rivista di Papini e Prezzolini, foglio che, a un certo momento della sua quadriennale vita dal 1903 al

---

si lascia andare ad appassionate, encomiastiche espressioni (condite purtroppo anche da indigeribile retorica nazionalista): « il mio indimenticabile maestro, in cui profondità di dottrina e purezza di vita si fusero con tanta armonia che nessuno esempio ne fu maggiore, Giacomo Venezian, dico, il più immortale morto della nostra santa guerra » (ivi, p. 67). Ma sono esempi che potrebbero moltiplicarsi.

(7) « In quella Firenze del primo decennio del Novecento che parve di nuovo meritare il nome di Atene », come scrisse, con un discutibile cedimento retorico ma cogliendo nel segno, uno dei protagonisti di quel clima culturale, Giovanni Papini, che vi primeggiò come letterato, come polemista ma anche come organizzatore culturale (la frase di Papini è nella Introduzione alla raccolta di *Scritti* di Mario CALDERONI, Firenze, Soc. Anon. Ed. 'La Voce', 1924, vol. I, p. XI.

(8) Nell'*Archivio storico dell'Università di Bologna — Liberi docenti*, fasc. 166 'FINZI ENRICO' sono così fissate le fasi del procedimento: 1 luglio 1913, assegnazione del tema "Il possesso dei diritti"; 19 aprile 1915 assegnazione del tema della lezione da tenersi l'indomani ("La fiducia testamentaria"). La Commissione era formata da Francesco Brandileone, Bartolomeo Dusi, Silvio Perozzi, Mario Ricca Barberis, Giacomo Venezian. Il candidato risulta approvato all'unanimità.

1907, era divenuto — secondo la qualificazione di uno dei suoi condirettori — addirittura « la fucina italiana del Pragmatismo » (9).

La buona sorte fu che, in quel contesto, Finzi ebbe modo di familiarizzare con uno dei collaboratori abituali della Rivista, Mario Calderoni, un giurista/filosofo appartenente a quel pragmatismo italiano che, reagendo alle metafisicherie di certo esasperato positivismo, tentava di instaurare un sapere positivo mediante un'opera di pulizia intellettuale protesa a togliere di mezzo i problemi inesistenti e gli equivoci più grossolani, chiarificando al massimo i significati dei termini impiegati nella ricerca, senza creare strutture schematiche troppo rigide e soprattutto riconducendo i principii della conoscenza in un alveo di rigorosa correttezza metodologica. A questo proposito, ha un grosso significato che l'*opus magnum* di Finzi, *Il possesso dei diritti*, del 1915,e cioè il volume presentato per l'esame di libera docenza, sia dedicato « Alla memoria di Mario Calderoni » (10), e che di riferimenti a Calderoni e a Vailati, ossia ai due protagonisti del pragmatismo teoretico fiorentino, siano disseminate tutte le pagine finziane, almeno quelle del momento squisitamente formativo (11).

Certamente non sbagliai quando, nel mio primo tentativo di comprensione dell'opera scientifica di Finzi, nel 1986, io arrivai a qualificare *Il possesso dei diritti* « un prodotto della officina pragmatistica » (12). Pur con le non poche ingenuità di cui arrivava a infarcirsi soprattutto ad opera dei geniali ma sregolati letterati promotori, il movimento pragmatistico nella sua specifica caratterizzazione fiorentina, gremito — grazie a Vailati e Calderoni — di serie

---

(9) G. Papini, *Sul Pragmatismo*, ora in *Opere*, Milano, Mondadori, 1987, p. 5.

(10) Dèdica che ha fatto malissimo a omettere come insignificante il curatore della ristampa del volume presso Giuffrè nel 1968. Per comodità del lettore tutte le citazioni saranno fatte su di essa.

(11) Penso che, grazie alla recensione fatta da Giovanni Vailati al volume di Ludovico Limentani, "La previsione dei fatti sociali", del 1907, Finzi sia entrato in familiarità intellettuale con colui che, dal 1921, sarà titolare della cattedra di Filosofia morale nell'Istituto di Studi Superiori di Firenze, del quale diventerà fraterno amico, insieme al quale fonderà nel 1923 il fiorentino 'Circolo di cultura', di cui frequenterà assiduamente il salotto filosofico negli anni Venti e Trenta fino alle sciagurate leggi razziali italiane. Traccia della sua conoscenza del volume sopra citato di Limentani è ne *Il possesso dei diritti*, cit., p. 341.

(12) P. Grossi, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 173.

istanze gnoseologicamente innovatrici e di pressanti cautele sulla « insidia che continuamente ci tende il linguaggio » (13), calato — grazie al giurista Calderoni — nel tessuto stesso dell'analisi giuridica del mondo socio/economico, teso a una linea epistemologica che consentisse finalmente la sicura verifica degli enunciati linguistici e scientifici, fornì a Finzi gli strumenti per purificarsi nel profondo delle proprie scelte metodologiche e per separarsi da un gregge di giuristi che l'allievo di Venezian vedeva viziati nel loro approccio essenziale al diritto.

Con questa necessaria precisazione, che non contraddice ma ìntegra quanto si è or ora detto: la convinta adesione pragmatistica fu per Enrico Finzi virtù e vizio insieme, fòmite e limite, arricchimento e costrizione. Infatti, il rigorosissimo esame di coscienza epistemologico, al quale sempre Finzi si sarebbe sottoposto, lo avrebbe obbligato a una parchezza di manifestazioni, facilonamente interpretata come indolenza ma radicata invece in una severa introspezione sulle qualità dei proprii prodotti intellettuali. Aveva ragione un suo grande amico e collega, e fedele compagno in tante iniziative culturali fiorentine (14), il glottologo Giacomo Devoto, quando scriveva, in uno splendido necrologio redatto a caldo per un quotidiano fiorentino il giorno dopo la morte: « Enrico Finzi ha pagato il suo rigorismo ipercritico » (15).

Insomma, se non si immerge Finzi nella cultura fiorentina dei

---

(13) « Uno degli ostacoli maggiori al progresso del pensiero sta nella insidia che continuamente ci tende il linguaggio »: lo afferma Calderoni in una commemorazione del suo mèntore e amico Giovanni Vailati (cfr. CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, p. 171), rifacèndosi ai ripetuti richiami di Vailati a quelle che lui chiamava nella intitolazione di un suo famoso saggio 'questioni di parole' (cfr. G. VAILATI, *Alcune osservazioni sulle questioni di parole nella storia della scienza e della cultura*, ora in G. V., *Scritti*, Firenze, Seeber, 1911).

(14) Negli anni Venti fu precisamente di Finzi il tentativo di creare presso il caffè Doney un periodico appuntamento culturale e artistico, e fu sempre Finzi, nel febbraio del 1923, a promuovere — con il filosofo Limentani, il filologo Pasquali, lo storico Salvemini, l'economista Serpieri, il giurista Calamandrei — la fondazione di un Circolo di cultura, che sarà presto saccheggiato da squadracce fasciste e poi soppresso dal Prefetto per motivi di ordine pubblico. Segni, tutti questi, del perfetto inserimento del civilista mantovano entro il tessuto sociale e culturale della città di adozione.

(15) G. DEVOTO, *Enrico Finzi*, ora in *Civiltà di persone*, Firenze, Vallecchi, 1975, p. 160.

primi anni del nuovo secolo, credo fermamente che ci si precluda la possibilità di comprenderlo appieno; il che è spesso avvenuto, e ben spesso il nostro singolarissimo giurista è stato un personaggio, o frainteso, o ingiustamente minimizzato, o addirittura rimosso.

3. *Il recupero della complessità del diritto e il nuovo ruolo per il giurista.*

Un imperativo si profilava netto nelle riflessioni del giovane laureato bolognese: svecchiare; occorreva svecchiare. Svecchiamento che si concretava in una necessaria e indilazionabile operazione da parte del civilista italiano: provvedere a togliersi di dosso vesti inadatte, non solo perché decrepite e usurate, ma soprattutto perché troppo strette a fronte dei bisogni di un tempo ormai pos-moderno, e pertanto soffocanti.

Svecchiare significava impegnarsi in parecchie direzioni, ma, innanzi tutto, nel togliersi dalla testa l'idea insensata dello *ius civile* quale scienza pura, retaggio persistente di quella metafisica dell'immanenza in cui era venuto a ridursi il giusnaturalismo moderno (16); allo stesso tempo, significava recuperarne la storicità. E, proprio in questo indirizzo culturale, occorreva sbarazzarsi delle mummificazioni (espressione uscita dalla penna di Venezian (17)), alle quali il diritto civile italiano era stato costretto da tracotanti modelli romani e romanistici.

Si badi: se c'è stato un civilista cultore attento e appassionato della storia del diritto, dei diritti romano e germanico, questi è Enrico Finzi, e nei suoi scritti non mancano mai le citazioni riverenti di Perozzi e soprattutto di Brini, suoi maestri bolognesi (18), cui egli

---

(16) Ho sottolineato il pervicace 'vizio giusnaturalistico' del civilista italiano in un mio risalente libriccino dedicato a *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1 e ss.

(17) È proprio nel suo scritto culturalmente più coraggioso (*Danno e risarcimento fuori dei contratti*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1930, p. 1) che si respingono con forza « proposizioni avventate, come il diritto romano è ragione scritta, che mirano a mummificarci nella contemplazione sterile d'un complesso di regole adatte a una società di quindici secoli fa ».

(18) Ecco alcune espressioni, che prendo, a caso, dal volume del 1915: « l'acutissimo romanista Giuseppe Brini », « i mirabili studi del Brini » (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 47).

pensa di dovere culturalmente molto. Ma, per lui, il diritto romano è storia, è esperienza, è vita vissuta da una grande civiltà storica, e ha poco a vedere con i modelli geometrizzanti di quei Pandettisti e civilisti/pandettisti che si erano dati da fare per costruire un diritto astratto, e in quanto as-tratto, separato dalla storia e dalla incandescenza dei fatti sociali ed economici in mezzo ai quali tutti gli uomini conducono la loro esistenza.

Dimenticando per un momento le commistioni di Brini fra diritto romano e teoria generale, egli scrive convinto: « gran parte della peculiarità del diritto romano non si presta ad una spiegazione meramente logica: ha solo una giustificazione storica. È soltanto nella natura della società romana che può trovarsi la chiave dell'enigma. E "natura di cose non è che nascimento di esse in certi tempi e in certe guise" (VICO, *Scienza Nuova*, Degnaz. XIV) » (19). Ci sia consentita, in proposito, una notazione rilevante: questa grande degnità dello storicismo vichiano lui vorrà porre in esergo al primo esperimento suo scientifico, la tesi di laurea bolognese — che viene stampata solo privatamente per cura dell'autore — sostanzialmente rivolta a indagare un tema squisitamente storico-giuridico (20).

Svecchiare è, pertanto, per il giovane Finzi un imperativo culturale ma insieme etico e sociale; diversamente, il civilista avrebbe tradito il suo ruolo nella società.

Sì, perché sarebbe tradimento, e tradimento sommo, dare vita a un meraviglioso artificio, più simile a un castello di carte che all'ordinamento efficiente e salvante per la casa dell'uomo. Il nesso società/diritto è imprescindibile, a meno che non si voglia fare di questo, o una nuvola galleggiante ben al di sopra della terra, o — peggio ancora — uno strumento violento e costrittivo.

Degnità metodologica elementare, quella vichiana, che deve intendersi sottesa a ogni contributo scientifico di Finzi e che egli

---

(19) FINZI, *Il possesso dei diritti*, cit, p. 161 (in nota).

(20) E. FINZI, *Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali (occupazione-detenzione; possesso; proprietà; furto)*, Mantova, tip. Mondovi, 1907. Una informazione per comodità del lettore: questo testo può essere consultato presso la Biblioteca Comunale di Mantova, dove abbiamo potuto rintracciarlo; ora anche, per iniziativa dello scrivente, presso la Biblioteca della Corte Costituzionale in Roma e presso il 'Fondo Paolo Grossi' della Biblioteca del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' in Firenze.

sembra implicitamente suggerire a ogni giurista (ma, in modo particolare, al civilista come chiamato in prima persona a ordinare la vita quotidiana del cittadino). Altrimenti, questo personaggio dalla preziosa professionalità, presenza fertile nella civiltà europea da Roma in poi, si trasforma mostruosamente in un Azzeccagarbugli, ossia in un parassita della società quale strumentalizzatore del diritto e stravolgitore della sua funzione ordinante.

Indossata questa veste storicistica, Finzi si trovava inevitabilmente in contrasto con i due atteggiamenti portanti del diritto civile moderno: legalismo/codicismo e formalismo, l'uno ben stretto all'altro in una funzionale congiunzione simbiotica. Il Nostro, che non si dimentica mai di essere il cultore di un diritto positivo e che ha scelto fin dall'inizio di svolgere — accanto alla ricerca scientifica e all'insegnamento universitario — l'esercizio di una elevata ma intensa professione forense, si sente perennemente chiamato a ordinare una realtà positiva, ma ha perennemente in uggia di ridurre quell'ordinamento a un insieme di comandi astratti che i giuristi debbono soltanto passivamente esplicitare con le loro esegesi. L'osservatore vigile e disincantato conosce benissimo il divario — talora enorme — tra la lettera della legge fissata in un impassibile testo cartaceo e la società che non cessa di divenire e di trasformarsi, e coglie proprio in quella riduzione uno degli aspetti più desolanti dell'assolutismo giuridico moderno.

Se si volesse sintetizzare in una conclusione riassuntiva il progetto scientifico intuito, disegnato e portato innanzi da Enrico Finzi, non avrei esitazione nell'esprimerla così: ampliare il territorio della positività giuridica troppo angusto nella visione della cultura giuridica moderna, operare il recupero alla giuridicità di quanto gli atteggiamenti legalistici e formalistici proprii a questa cultura avevano condannato nella mera fattualità sottoponendo l'intiero ordine giuridico a un esasperato e inaridente riduzionismo.

Su questo piano di azione intellettuale il suo cómpito era agevolato dalle pionieristiche sperimentazioni teoriche del suo mèntore Venezian, dalle sue aperture oltre e contro la cappa di piombo romanistica verso il mondo alieno del *common law* e verso la diversa tradizione del diritto germanico, dalla sua valorizzazione della dimensione dell'effettività, dalla marcata tutela dell'aspettativa, dalla rilevanza dell'esercizio a fronte della mera titolarità. I diversi con-

tributi di Finzi, nella loro consecuzione temporale, non faranno che seguire una siffatta linea programmatica, e lo verificheremo tra breve quando si offriranno al lettore delle specifiche annotazioni su quelli ritenuti più rilevanti e raccolti in questo volume.

4. *L'osservazione dei fatti e la loro sistemazione mediante rigorose categorie ordinanti: Enrico Finzi apprendista nella officina pragmatistica.*

Avere una costante attenzione verso i fatti economici e sociale, non mancare di osservarli attentamente facèndone tesoro. Questo è l'invito insistente di Finzi e anche il mònito per ogni giurista. E consisteva, di per sé, nell'incrinare, se non infrangere, quella impenetrabile muraglia cinese che la civiltà moderna, seguendo una occhiuta strategia di controllo per la dimensione giuridica, aveva eretto tra *ius* e *facta*. Questo Finzi ha attuato con assoluta fedeltà alle premesse metodologiche propugnate, e, ovviamente, come si vedrà, ha pagato personalmente il conto.

Qui non si deve omettere di innestare la sua piena adesione al programma del pragmatismo teoretico di Vailati e Calderoni, suoi indiscussi maestri sul piano epistemologico. Guardare ai fatti era il punto di avvìo di una ricerca autenticamente scientifica anche per loro, sempre sollecitati dal disprezzo per metafisicherie nuvolesche e dal tentativo di instaurare un sapere positivo mediante l'analisi tecnica ed antiretorica del pensiero e soprattutto del linguaggio. Insieme, congiuntamente, doveva, però, svilupparsi nel ricercatore una avveduta coscienza della possibile (se non probabile) arbitrarietà degli strumenti tecnici (21), del 'coefficiente di errore' latente in ogni tradizione anche consolidata (22).

L'ordinamento dei fatti, cui tende il giurista/scienziato, potrà avvenire solo se l'osservazione di questi è orientata da rigorose categorie ordinanti e da un linguaggio rigoroso, gli unici strumenti

---

(21) Consapevolezza già presente nel saggio metodologico del 1914 (e propedeutico all'ampia monografia *Il possesso dei diritti*) su *Le teorie degli istituti giuridici*, in « Rivista Critica di Scienze Sociali », I (1914), p. 99, dove si cita il saggio co-firmato da Vailati e Calderoni circa *L'arbitrario nel funzionamento della vita psichica*.

(22) *Il possesso dei diritti*, cit., pp. 48/49.

che possono condurre alla meta di una corretta grammatica del discorso giuridico. È ovvio che la virtù massima, in questa operazione di pulizia intellettuale, è la consapevolezza del rischio, dei tranelli che tecniche e linguaggio possono far trovare sul cammino, dalla quale discende la necessità della più guardinga vigilanza. Solo per questo tramite si potrà arrivare alla definizione del fatto assunto a oggetto di conoscenza giuridica.

Nella prima mia ricostruzione del pensiero del Nostro da me redatta nel 1986, non esitai nell'affermare che « per Finzi il sapere giuridico ha carattere soprattutto definitorio [...] l'ambizione fondamentale di Finzi è definire » (23); e non intendevo per *definire* un ricercare formulette costringenti e, pertanto, come ci ha ammonito l'antica sapienza romana, pericolose e vitande. Definire — ripeto quanto scrissi allora — « vuol indicare invece una volontà che è tesa a cogliere l'essenza dell'oggetto frontale nei suoi confini naturali e che sa benissimo di poterla conseguire soltanto evitando equivoci e luoghi comuni, autodisciplinandosi con un rigoroso approccio metodico » (24).

Alla luce di quanto si è ora detto, vorrei anche ribadire una riflessione (prima accennata) sulla esperienza personale del Finzi scrittore di cose giuridiche, riflessione che gli è dovuta contro illazioni sminuenti: è inevitabilmente arduo e tormentoso fissare sulla pagina un sapere giuridico così logicamente e culturalmente purificato. Il modello elevato, cui lo scrittore s'ispira, anche se non lo condanna all'impotenza, rende difficile una sua consolidazione scritta. Finzi lo sa, ed è la prima vittima del piano auto-purificatorio entro cui deliberatamente si inserisce. Lascerà ai posteri un materiale estremamente decantato, quantitativamente ridotto ma di tale qualità culturale e tecnica da rendere la sua presenza scientifica nella Firenze tra le due guerre sommamente significativa.

Non aveva torto il suo amico e sodale Devoto, quando scriveva su di lui la frase che ho voluto più sopra riportare: « Enrico Finzi ha pagato il suo rigorismo ipercritico » (25). Né ho avuto — credo —

---

(23) GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, cit., p. 169.

(24) *Ibidem.*

(25) Cfr. alla nota 12.

torto io stesso quando ho parlato della sua convinta adesione al pragmatismo vailatiano/calderoniano come di un fòmite ma anche di un limite (26).

5. *Finzi: un personaggio scientificamente e accademicamente solo.*

Da tutto questo complesso di atteggiamenti culturali, che venivano a dare una caratterizzazione tanto marcata al giovane mantovano trapiantato definitivamente nella incantatrice Firenze, una conseguenza non poté che scaturire sul piano accademico: l'isolamento, la solitudine; conseguenza inevitabile per chi non ha condiviso luoghi comuni, mitologie e dommatiche imperanti, e ha tracciato un proprio personalissimo sentiero di ricerca. Agli occhi della ufficialità accademica sono, infatti, preferibili meri compilatori privi d'un fiato di pensiero od ottusi esegeti incapaci di sollevarsi di una sola spanna al di sopra del testo autoritario a personaggi vivaci ma turbativi del quieto stagno delle *opiniones communes* ricevute dalla maggioranza diligente e silenziosa. Lo stesso *cursus honorum* accademico di Finzi ne è la piena dimostrazione: staziona molto a lungo nell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze, conseguendo tardi il traguardo della cattedra e arrivando alla Facoltà di Giurisprudenza fiorentina quale professore ordinario solo nel 1946.

Di questa appartatezza e solitudine il primo ad accorgersi è proprio lo stesso Finzi. Resta traccia di questa sua posizione psicologica in una lettera di Francesco Carnelutti scritta da Venezia il 16 agosto del 1921 in risposta ad una in cui Finzi — alcuni giorni prima, e precisamente il 6 agosto - aveva esternato all'amico illustre, allora già Ordinario nell'Ateneo di Padova, non soltanto la buona novella dell'attesa del primo figlio ma anche rammarichi circa le incomprensioni scientifiche dei colleghi che lo lasciavano solo e isolato (27). Poiché si tratta di una missiva di indubbio rilievo, ne

---

(26) Cfr. più sopra, alla p. 384.

(27) Dobbiamo la consultazione della lettera alla cortesia della nipote di Enrico, la dr.a Daniela Noferi, la quale, perdurando la dolorosa ed espropriativa infermità della madre, Prof.a Adelia Noferi Finzi, mi ha ammesso nella vecchia casa di Lungarno

offriamo fotocopia all'interno del volume. Ecco l'eloquente testo carneluttiano:

> Carissimo,
> tornato dopo un breve riposo montanino, trovo la tua del 6 agosto.
> Sono infinitamente lieto per la buona notizia che mi dai: la ritengo molto buona; perché conosco ormai molto bene la vostra casa per non sapere quanta gioia vi porterà il piccolo che aspettate. Ti prego di comunicare alla Signora le espressioni di compiacimento e di augurio che le fa in proposito anche mia moglie.
> Adesso che sei già potenzialmente padre, penso che sentirai maggiormente il dovere di non fare il poltrone. Quanto alla paura di essere "troppo solo" forse anche questo è un paravento della poltroneria. Anche io sono stato regolarmente e costantemente solo: e ho fatto la mia strada. Nel nostro ambiente non ci sono che due modi per andare avanti: o strisciare o volare. Mi sembra che tu non abbia la capacità per la prima andatura. Tendi dunque le ali e vola dove ti piaccia. Peggio per gli altri se non ti arriveranno. A ogni modo tra il dire cose che inaspriscono i tuoi critici, lavorando; e il non inasprirli, non facendo nulla, mi sembra che la scelta non possa essere dubbia. Dico questo perché so benissimo che tertium non datur, cioè reputo impossibile che tu studii un problema per essere d'accordo con gli altri...
> È probabile che io torni a Firenze in ottobre e che vi conduca per un paio di giorni mia moglie e la mia bambina.
> Presenta alla signora ancora omaggi e auguri e credimi con l'usato affetto Carnelutti.

La lettera non ha bisogno di molti commenti e serve egregiamente per avvalorare quel sentimento di solitudine scientifica e accademica di Finzi, sul quale ho insistito più sopra. Riprendendo le immagini di Carnelutti, si può ben dire che Finzi si è sempre rifiutato di *strisciare* sulla norma positiva aderèndovi piattamente, e ha scelto di *volare*, ossia di costruire liberamente con quella libertà che è propria di chi si muove a livello del pensiero. A Finzi non si addiceva l'esegesi testuale, bensì il ruolo alto di interprete. Ce lo dice lui stesso, implicitamente, nella nota critica che si sente di fare a un modesto esegeta, Assuero Tartufari, la quale diventa — *per oppositum* — un contributo autobiografico: « Leggendo le opere del Tartufari [...] noi assistiamo al penoso annaspare di un ingegno cui solo mancava la libertà per ergersi altissimo. Noi vediamo la bella e geniale visione invescarsi nella cavillosa interpretazione delle parole del codice, trapassare continuamente dal desiderio di assurgere ad

---

Vespucci 68 e mi ha consentito di rintracciarla tra le poche carte del nonno lì ancora conservate.

una idea universale alla necessità di attenersi alla particolare dottrina del codice, cui egli vuole appoggiarsi » (28). In una pagina successiva, sempre a proposito di Assuero Tartufari, egli puntualizza: « non ha tempra di scienziato, ma sol di dialettico » (29), quasi per dirci che non ha nulla di autenticamente scientifico un esercizio logico-formale sul testo disincarnato della legge.

6. *Qualche cenno ai criterii per la selezione dei testi finziani presenti in questa raccolta.*

È ora di render conto, al lettore di questo libro, dei criterii che mi hanno sorretto per includere o per escludere in seno alla presente raccolta.

Ho ritenuto di dover essere severo, sicuro che di questa severità il primo a rimanere soddisfatto sarebbe stato proprio il mio caro Maestro; ho, pertanto, escluso quei parecchi contributi dove Finzi dimostra soltanto una perfetta dominanza delle tecniche giuridiche e quelli dove egli si inserisce in discussioni e polemiche assolutamente superate dagli sviluppi legislativi e scientifici successivi. Come ho già precisato, ho convintamente incluso quei contributi preveggenti, colmi di intuizioni e, quindi, colmi di futuro, che il giurista di oggi può leggere con profitto. Di questi parlerò partitamente fra poco.

Rendo partecipe il lettore anche di una mia perplessità circa la tesi di laurea bolognese di Enrico del 1907, perplessità che discendeva dalle seguenti motivazioni. Talune spingevano a favore dell'inserimento: perché vi si rispecchia indubbiamente un ventitreenne di grande talento e soprattutto di grande apertura culturale; perché, stampata privatamente da lui, è restata, per quanto io ne so, sepolta nella Biblioteca Comunale di Mantova e in quella personale dell'Autore e, di fatto, assolutamente sconosciuta. Mi permetto di spiegare qui brevemente perché le perplessità si siano trasformate in una conclusiva propensione a non ricomprenderla nella raccolta.

Ripeto, per comodità di chi legge, il tema: *Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali (occupazione-*

---

(28) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 137.
(29) Ivi, p. 225.

detenzione; possesso; proprietà; furto). E ripeto, perché rilevante, quanto ho già constatato: è sostanzialmente un tema storico-giuridico, e la degnità di Vico ('natura di cose non è che nascimento di esse'), sottolineata con voluta evidenza nell'esergo della pubblicazione, segnala con intensità lo storicismo del giovane giurista, atteggiamento cui egli si terrà ancorato per tutta la durata del suo itinerario di studii. Da buoni mèntori, come Savigny e Jhering, assorbe la consapevolezza della storicità intrinseca del diritto e della inscindibilità tra dimensione storica e dimensione teoretica; certezze metodologiche che traspaiono da tutto lo svolgersi della tesi.

È il primo lavoro di un giovane che ha occhi e orecchi ben aperti, curiosissimo e informatissimo (si pensi: egli cita la memoria che Benedetto Croce aveva letto, il 21 aprile e il 5 maggio di quello stesso anno 1907, a Napoli presso la Accademia Pontaniana, su *La riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* ([30])). Soffre, però, ovviamente, del vizio che è naturale a un lettore novizio di tante e troppe cose: l'eclettismo. Storicista convinto, palesa tuttavia un forte gusto per letture etnologiche e sociologiche (nonché per pagine schiettamente evoluzionistiche) dimostrando di nutrire in sé anche venature dell'ingenuo positivismo scientista di fine Ottocento.

A questi accenni critici va aggiunto che vi sono, tuttavia, pienamente valorizzati gli insegnamenti teorici di Brini sulla natura giuridica del possesso dei diritti e sulla sua ammissibilità tecnica, e, in modo particolare, le visioni neoteriche di Venezian sulla tutela dell'aspettativa (fissate nella celebre prolusione bolognese del 1900) e sulla nozione romanisticamente inaccettabile di *Gewere,* che il grande civilista triestino ha estratto dal suo grembo nordico e trapiantato nei paesaggi giuridici mediterranei.

Alla *Gewere* il laureando bolognese dèdica la nota spropositatamente lunga con cui si apre il capitolo terzo ([31]), segno fin da allora (siamo nel 1907) dell'interesse teorico per un istituto che egli avrebbe assunto a chiave di volta del volume del'15 redatto per il conseguimento della libera docenza. La *Gewere*, istituto *hoch-*

([30]) *Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali*, cit., p. 76.

([31]) È la nota 1 di pagina 51.

deutsch, entro la quale fatto e diritto si méscolano in un intreccio inseparabile, è un istituto « confusionario per i romanisti » perché non è possesso e non è dominio, « è l'uno e l'altro, e nessuno », come tiene a precisare Finzi (32) sottolineando la sua alienità rispetto agli ufficiali canali romanistici fondativi delle moderne codificazioni europee.

È un istituto nato dal basso di prassi consuetudinarie, e perciò "pratico" (33), che ha risolto mille problemi quotidiani contrassegnando di sé un'epoca lontana e fornendo uno schema ordinamentale utilizzabile in altri contesti storici. Come or ora si accennava, la *Gewere*, rivissuta teoricamente dai germanisti ottocenteschi, è la cifra giuridica capace di sciogliere l'enigma tecnico-giuridico di un possesso dei diritti.

7. *Enrico Finzi: un civilista pos-moderno.*

Il giurista Finzi, la cui figura si profilerà netta negli scritti (quantitativamente minori) qui raccolti, ha i lineamenti di un personaggio dalla straordinaria unitarietà.

Storicità e fattualità del diritto, coscienza della complessità dell'ordine giuridico e, quindi, rifiuto dei riduzionismi legalistici e formalistici moderni, osservazione attenta e disponibile della transizione in atto con la propensione ad accogliere le novità come segno dei tempi e dei bisogni nuovi; tutto questo si assomma in lui caratterizzàndolo e facendo di lui un giurista autenticamente novecentesco; intendendo, con una siffatta qualificazione, un intellettuale che è immerso fino al collo — e non solo cronologicamente — nel Novecento quale tempo già pos-moderno nel suo crescente rimuovere le certezze proprie della modernità giuridica. Immersione che resta, invece, meramente cronologica per il gregge dei civilisti italiani, conquistati dalle mitologie giuridiche confezionate nel nostro passato prossimo e assertori delle certezze moderne calate nel profondo delle loro convinzioni e diventate una sorta di loro statua interiore.

---

(32) Le due citazioni si trovano, rispettivamente, alle pagine 54 e 55 della tesi.
(33) Così lo qualifica Finzi alla pagina 54.

È pos-moderno l'*opus magnum* di Finzi del 1915, sono pos-moderne le sue ricerche sulle nullità negoziali del 1920, sono pos-moderne le sue riflessioni sulla proprietà, sono pos-moderne le sue valorizzazioni delle dimensioni 'sociale' e 'collettiva' (ripugnanti alla modernità giuridica) che emergono nette in tante sue non dimenticabili pagine più propriamente commercialistiche.

Personaggio unitario portatore di messaggi unitarii. Ciò segnala un intellettuale coerente sino in fondo ai basamenti culturali prescelti fin dai primi approcci giovanili, ma segnala anche, come già sappiamo, se non un eretico, certamente un giurista di difficile comprensione per la grande maggioranza di civilisti pandettisti o esegeti, e, pertanto, un innovatore solitario da lasciar cuocere nel brodo da lui stesso confezionato.

8. *Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1915:* Il possesso dei diritti.

Come abbiamo anticipato, le prime fatiche scientifiche di Finzi sono state (a parte la redazione della tesi di laurea) due grossi esercizii di scrittura: la amplissima indagine del '15 sul possesso dei diritti e il più ridotto saggio monografico sulle nullità del negozio giuridico, del 1920; si è sicuramente trattato di pesanti fatiche per un cercatore di verità (34), per uno sceveratore del metodologicamente vero dal falso, per un decantatore delle ambiguità del linguaggio, per un giurista reso cautissimo dalla sua puntuta coscienza della probabile arbitrarietà delle sue tecniche giuridiche. Trattandosi di due monografie, sono ovviamente escluse dalla nostra raccolta, ma mi sembra opportuno offrire al lettore una sintesi del loro messaggio, al quale si è fatto riferimento — ma troppo sparsamente — in quanto si è detto in precedenza. Ciò varrà a corroborare il disegno di quell'intellettuale unitario di cui si è parlato.

Intanto, una precisazione illuminante: il primo piccolo saggio ricompreso nella nostra raccolta, *Le teorie degli istituti giuridici*,

(34) L'espressione, peccante di presunzione, è dello stesso Finzi, reso tranquillo dai rimedii metodologici fornìtigli dalla scuola pragmatistica fiorentina: « io ho condotto l'indagine con un unico fine: la ricerca della verità » (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 409).

risalente al 1914, intriso com'è di epistemologia pragmatistica, costituirà l'anno dipoi, con minime irrilevanti variazioni formali, la Introduzione a *Il possesso dei diritti*. Il quale vuole essere ed è la ponderosa e poderosa verifica di quelle verità epistemologiche entro il tessuto di un gruppo di istituti.

Nel volume, infatti, il cómpito del giurista è ordinare, porre confini sicuri, espungere dati estranei, dissolvere gli equivoci e i luoghi comuni, togliere la nebbia del vago e dell'ambiguo in un discorso che, o è un corretto approccio verso la realtà per tradurla veridicamente nell'alfabeto di segni proprii al giurista, o è altrimenti una inutile profluvie verbale (peggio ancora: una mistificazione). Cómpito che investe ogni indagine giuridica e che ritroviamo disegnato intatto per la revisione finziana della teorica delle nullità negoziali, dove l'Autore non manca di rinviare alle sue precisazioni del'15, come se non fossero trascorsi — nel frattempo — ben cinque anni (35).

Ecco una prima definizione del tema: « noi abbiamo ripartiti i possibili casi che vi rientrano in tre ampie classi che ne esauriscono la materia. In tre modi ed in tre modi soltanto si può essere in *possesso di un diritto*: cioè ove si sia creato un rapporto ad esso corrispondente, o su la base del mero elemento legale del suo fatto giuridico, o sulla base del mero elemento naturale di esso fatto, od il rapporto esista, per qualsiasi ragione, fuori dai presupposti dei diritti corrispondenti » (36). È l'indicazione di un nuovo osservatorio fecondissimo da cui guardare l'intiera realtà giuridica o una buona fetta di essa: esaminare gli istituti quasi controluce, partendo dalla loro ombra sulle cose più che dalle linee della loro normale figura; esaminarli, come Finzi indicherà nel 1935 a proposito della proprietà, 'da sotto in su'.

---

(35) « Io ho avuto altra volta la opportunità di rilevare come a questa imprecisione di linguaggio corrisponda di necessità, quasi sempre, una confusione di concetti: inavvertitamente si trascorre d'uno in altro soggetto, e si crede di ragionare dove soltanto, invece, si fanno giochi di parole »; « certo si è che il vizio fondamentale delle correnti teorie delle nullità può vedersi nel non avere avuto sufficiente conoscenza di questa anfibologia e di queste confusioni concettuali » (*Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., pp. 54 e 55).

(36) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 285.

Concretizziamo con degli esempii il campo prescelto: « il matrimonio del già coniugato celebrato regolarmente, la nomina di un incapace ad un pubblico ufficio, il diploma concesso a chi non ne ha diritto, la forma per la costituzione di una società per azioni perfettamente osservata, pur essendone sostanzialmente nullo l'atto costitutivo, la proclamazione a deputato del non eletto, la votazione regolarmente avvenuta ma a cui prese parte un deputato la cui nomina sarà revocata » (37). Il campo è, cioè, come indica l'elencazione sommaria ma eloquente, tutta quella vasta gamma di rapporti che non possono dirsi rapporti giuridici perfetti per il mancare di alcuni presupposti che l'ordinamento prevede necessarii alla loro costituzione, ma nei quali, per il verificarsi degli elementi formali, « è avvenuta di fatto l'investitura di un diritto a favore di tal persona cui quel diritto giuridicamente non spetterebbe » (38).

Rapporti di fatto soltanto in un loro formalistico raffronto al modello di rapporto perfetto e assolutamente tipico, che un formalismo miope potrebbe condannare nella fossa delle invalidità, ma che invece l'ordinamento, per le istanze sociali da cui è mosso, *recupera* alla dimensione della giuridicità ad un più basso livello possessorio, facèndone tanti possessi di diritti costruiti sulla analogia economico-sociale col rapporto perfetto (39). Enuncia Finzi: « io affermo che esiste come possibile accanto a ciascun rapporto giuridico un altro rapporto giuridico, il quale ha per fatto giuridico l'investitura in quel rapporto e per contenuto la mera possibilità legale di esercitarne il contenuto » (40). In mezzo al formalismo giuridico imperante nel 1915 Finzi insisteva sulla investitura di fatto di un diritto, compiacèndosi di sostare ai confini estremi dell'ordinamento dove fatto e diritto si méscolano scandalosamente (scandalosamente — s'intende — per un legalista/formalista), guardando con attenzione verso gli strati più riposti gremiti di irregolarità e di atipicità, e contemplando serenamente quei recuperi sociali che costituivano senza dubbio una incoerenza rispetto alle geometrie rigorose ma museali delle forme giuridiche tipiche.

---

(37) Ivi, p. 266.
(38) *Ibidem.*
(39) Ivi, p. 258.
(40) Ivi, p. 286.

Ed ecco la frequenza, quasi assillante, di quel sostantivo 'recupero' e di quel verbo 'recuperare', e la pari frequenza del sostantivo 'investitura', se non addirittura 'investitura di fatto', che segnalavano l'istanza, culturale prima che tecnica, la più forte e la più risolutiva in questo intellettuale, consistente nel cogliere la complessità di ogni ordine giuridico e nel tentare di recuperarla, di impedirne l'inaridimento. Come ho detto più sopra, Finzi respinge l'idea che il Codice sia lo specchio perfetto dell'ordinamento, quasi un museo dove ci sono armadii e teche, dove tutto è ben classificato, ma dove quel tutto rappresenta una parte minima della civiltà che il museo ha la pretesa di manifestare al visitatore.

Riprendo, in chiusura, un motivo già accennato: la centralità della *Gewere* nella architettura dell'opera: se la nozione di *investitura* è il meccanismo operativo che permette a Finzi il recupero di strati sepolti o rimossi dell'ordinamento, la antica *Gewere*, quale cerniera tra fatto e diritto, è l'unico assetto sperimentale (cioè storicamente sperimentato) fondato su una investitura che gli dia la cifra di quel meccanismo. Ed egli chiede apertamente ai germanisti di disseppellirgli dall'urna di una civiltà possessoria come il medioevo l'istituto che è l'assetto concreto dell'ordine alto-medievale quale civiltà costruita sul 'possesso dei diritti' (41). L'istituto, visibilmente *hochdeutsch*, veniva sottratto dal grembo di una remota vita primitiva per *recuperare* quei mille rapporti imperfetti di cui la civiltà moderna appariva straordinariamente folta: l'istituto di un vecchio diritto vivente per aiutare a capire e a formalizzare istituti tanto distaccati nel tempo ma tanto uniti dall'unico problema di vita giuridica che erano chiamati a risolvere.

Se un lettore distratto o annoiato dalle pesanti pagine del volumone finziano, arrestàndosi a fallaci apparenze, arrivasse a identificare i continui riferimenti alla *Gewere* come elucubrazioni dottissime ma sradicate dalla realtà italiana ed europea del 1915, sbaglierebbe di grosso. Presente e passato sono qui dimensioni che

(41) Non sono, pertanto uno sfoggio di erudizione i ricchissimi riferimenti contenuti nel volume allo sviluppo dottrinale in tema di *Gewere*, da Eichhorn (1823) a Naendrup (1910), attraverso gli interventi critici di Albrecht, Gaupp, Homeyer, Sandhaas, Delbrück, Gerber, Stobbe, Heusler, Huber, Otto von Gierke (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 141 ss.).

si ìntegrano a vicenda; la ricchezza di una vita interamente vissuta è dialetticamente messa in rapporto con l'oggi, quasi interpellata per fornire messaggi all'oggi. E Finzi se ne compiace appieno.

9. *Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1920:* Studi sulle nullità del negozio giuridico.

Dicevo più sopra della unitarietà del personaggio Finzi e della estrema coerenza con cui egli ha portato innanzi il proprio itinerario di ricerca. A riprova, mi sia consentito di trascrivere una pagina del volume del '15, dove si insiste sulla 'relatività' del concetto di negozio giuridico e dove è già prefigurato il discorso che impegnerà la seconda monografia del '20 in tema di nullità negoziali:

> Tutta la teoria del negozio giuridico e delle sue nullità, ad esempio, troverebbe una base più solida ove si tenesse presente che il concetto di negozio giuridico è essenzialmente relativo dovendosi l'espressione integrare con la indicazione del rapporto che costituisce l'intento del dichiarante. Un negozio giuridico in sé, astratto, non si concepisce: esso importa sempre l'allusione implicita ad un dato rapporto giuridico che ne deriva: esiste soltanto il negozio giuridico di un dato rapporto. Così solo si spiega come una fattispecie possa insieme essere e non essere negozio giuridico: essa non è come negozio di un dato rapporto; esiste invece come negozio di un altro. E tutti i concetti corrispondenti di nullità assoluta o inesistenza, e rispettivamente di validità od efficacia, sono da considerarsi non già come assoluti, ma sempre e solo come relativi all'intento dichiarato, all'effetto cui si mira: ciò che si dice giustamente *inesistente*, in quanto manca dei requisiti per l'esistenza come fatto giuridico di un dato rapporto, può essere non solo esistente, ma perfettamente valido come fatto o negozio di un differente rapporto (42).

Nel 1920, aggredendo il suo secondo tema monografico, Finzi avrebbe, dunque, potuto affermare: *heri dicebamus*, contemplando una linea di pensiero che corre ininterrotta. Infatti, ora, anno 1920, si vuole analizzare le nullità degli atti negoziali senza assolutizzazioni formalistiche e cioè senza avere sempre e soltanto dinnanzi a modello un'immagine di atti giuridici nella loro perfetta rispondenza alle previsioni del legislatore. Lo sguardo di un giurista non plagiato da legalismi post-illuministici deve ampliarsi, non disinteressandosi degli atti imperfetti e spostando opportunamente l'occhiale dal

(42) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 248.

profilo della nullità — intensità massima della sanzione, che li condanna alla totale espunzione — a quello dell'efficacia, che, prescindendo da schematizzazioni astratte imperniate tutte sulla validità intrinseca dell'atto, misura lo stesso atto nella sua dimensione esterna, nel suo vivere continuato entro la storicità dell'ordinamento. In tal modo, si cerca di raggiungere il risultato, che è da un punto di vista sociale il più apprezzabile, e cioè il *recupero* dell'atto alla giuridicità.

Diamo ancora la parola al Nostro:

> quando, per ragioni varie, ma che si riannodano sostanzialmente in gran parte al formalismo, vengono a costituirsi rapporti giuridici *di fatto*, cioè rapporti che il diritto oggettivo ricusa di considerare ma che i privati onesti osservano come giuridici, allora il diritto oggettivo sostanzialmente fallisce al suo scopo, perché in luogo di semplificare i rapporti patrimoniali e di coordinarli in una suprema armonia ove si contemperino gli interessi della società e dei singoli, viene invece ad intricarli o a contraddirli, ponendo una antitesi fra ciò che è e ciò che dovrebbe essere, dal perdurare della quale non deriva che danno sociale [...] la frequenza delle sanzioni di nullità conduce a frustrare gli scopi del diritto oggettivo, a lasciare cioè che infiniti rapporti sorgano e vivano e si moltiplichino fuori della legalità, creandosi i cittadini da sé, in altri modi, le garanzie e le sanzioni necessarie a farli osservare, determinando il sorgere — altamente nocivo per la società — di una giustizia privata che regola i rapporti fiduciari, contrapposta a quella legale, che regola quelli giuridici (43).

La scelta è per Finzi obbligata: aprirsi al profilo dell'efficacia, che è un orizzonte assai più esteso e anche assai più duttile che non sia quello della validità (sempre condizionata da impassibili modelli autoritarii e da valori). È, infatti, come sopra si accennava, lo strumento che consente di misurare l'atto nel divenire della vita quotidiana, nella cui complessità può essere recuperato. Può darsi che l'attualmente improduttivo divenga produttivo domani; può darsi che ciò che è improduttivo per gli aspetti connessi alla regolarità dell'atto, lo sia per altri aspetti esorbitanti il modello generale e normale.

Conclusione: « è essenziale pertanto ad ogni ordinamento giuridico un sistema di recupero [...] dei rapporti che esso è costretto ad escludere in un primo momento dal suo seno: un modo, diretto od indiretto, per ricondurre sotto il suo controllo, la sua

(43) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 26.

tutela, la sua sanzione, i vincoli sociali di contenuto patrimoniale, che, non perfetti legalmente, hanno però una esistenza di fatto ». E qui, com'è nella metodologia finziana, soccorre non poco la comparazione storica con tutto il suo prezioso tesoro di vita vissuta: « a soddisfare questo bisogno è servito consuetamente nella storia una specie di sdoppiamento del diritto oggettivo: accanto e sotto ad un ordinamento giuridico perfetto, formalistico, solenne, saldo e certo, fu collocato un diverso ordinamento giuridico improntato all'equità, alla materialità, all'empirismo: snello, flessibile, mutevole » (44).

E nella pagina di Finzi si stagliano l'esempio di Roma col suo diritto pretorio e del medioevo con la sua variegata pluralità di ordinamenti giuridici co-vigenti in uno stesso territorio e in uno stesso tempo; egli avrebbe potuto aggiungere un richiamo anche al 'common law' dove, nel medioevo e nella modernità, c'è sempre stata una feconda applicazione della visione giuridica finziana. Finzi si consente, invece, una aggiunta aspramente critica, sostanzialmente provocatoria, che vorrei sottolineare: quelli che lui chiama « rimedi reintegratori dell'ordine legale » « l'unificazione legislativa operata coi codici li ha ora in gran parte distrutti » (45). E, da parte di un civilista pos-moderno, si riaccende ancora una volta — ma non sarà l'ultima — la sua polemica verso il riduzionismo legalistico della modernità.

10. *Sul contenuto della presente raccolta.*

Ecco l'elencazione dei saggi accolti in questo volume secondo la loro consecuzione cronologica in base alla data della pubblicazione:

— *Le teorie degli istituti giuridici*, in « Rivista critica di scienze sociali », I (1914);

— *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in « Archivio Giuridico », XC (1923);

— *Conflitto tra principii generali del diritto*, in « Il Foro Toscano », II (1927);

---

(44) Ivi, p. 27.
(45) *Ibidem.*

— *Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale*, in « Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni », XXVI (1928);

— *Sulla riforma legislativa delle società commerciali*, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, Principato, 1929;

— *Società controllate (art. 6 R. D. L. 30 ottobre 1930, n. 1450)*, in « Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni », XXX (1932);

— *Verso un nuovo diritto del commercio*, in « Annuario del R. Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze », XI (1932/33); indi in « Archivio di Studi Corporativi », IV (1933);

— *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, tip. Ed. Mariano Ricci, 1936;

— *Aspetti giuridici delle società cooperative*, in « Archivio di Studi Corporativi », VII (1936); indi in *Raccolta di studi in onore di Riccardo Dalla Volta*, Firenze, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, 1936;

— *Riflessi privatistici della Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950;

— *La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio)*, in « Rivista di Diritto Agrario », XXX (1952).

Nelle pagine seguenti di questa 'Introduzione' si motiveranno, per ciascuno dei saggi finziani, le ragioni di una scelta. Qui ci limitiamo a un'osservazione preliminare: la più gran parte di essi indaga temi proprii al diritto commerciale e, più in generale, al diritto dell'economia. Ciò conferma la singolare posizione di Finzi, il quale, pur non avendo mai ricoperto una cattedra di Diritto Commerciale od Agrario ma solo cattedre di Istituzioni di Diritto Privato e di Diritto Civile, era portato a penetrare con le sue indagini all'interno di diritti speciali in cui si esaltava in modo particolare quella fattualità che era nucleo essenziale della sua visione del diritto.

11. Le teorie degli istituti giuridici *(1914).*

Sul primo saggio *Le teorie degli istituti giuridici* non ritengo

necessario spender troppe parole. Risalente al 1914, e cioè al momento della ponderosa preparazione del volume sul possesso dei diritti, offre il succo di quelle conclusioni epistemologiche che il giovane Finzi aveva assorbito dai suoi mèntori Vailati e Calderoni; il saggio traduce in grammatica giuridica quelle conclusioni, tanto è vero che lo vediamo diventare il capitolo introduttivo del volume del 1915, ossia un preliminare discorso sul metodo necessario a un libro che intende essere, nel suo nodo essenziale, un metodo di corretto discorso giuridico.

Una ulteriore osservazione: Finzi lo stampa, in veste autonoma, sulla neo-nata 'Rivista critica di scienze sociali' edita presso la Libreria de 'La Voce' in Firenze. La Rivista nasce nel clima del rinnovamento culturale fiorentino di quegli anni, anche se avrà vita effimera a causa del disastro bellico che sta per coinvolgere anche l'Italia (46).

12. *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà (1922).*

Da quanto ho sinora scritto in questa 'Introduzione', il lettore si è reso conto di un atteggiamento culturale che, in grazia della sua costanza, si è trasformato in caratterizzazione fondamentale del personaggio Enrico Finzi, del giurista, del civilista: l'insofferenza verso i luoghi comuni tralatiziamente ricevuti e mai seriamente discussi, cui consegue il disprezzo (parola forte ma non spropositata) per un gregge di civilisti che passivamente li fa proprii e li ripete con la stessa meccanicità di un mulino di preghiera tibetano.

Sono molti — e parecchi già li conosciamo — gli interventi polemici del Nostro, che certamente non contribuiscono a renderlo universalmente benvoluto, ma sono soprattutto due che ne fanno un cantore appartatissimo. Interventi, per giunta, particolarmente sonori, perché si tratta di una 'prolusione' e di una 'Relazione' congressuale, e perché concernono ambedue un tema che la modernità giuridica aveva ritenuto sottratto, non dico a una critica demo-

(46) Per alcuni cenni cfr. GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, cit., pp. 82/84, dove si nota a proposito del primo fascicolo: « la premessa programmatica sembra uscita dalla penna di Vailati e di Calderoni ed è espressiva del loro pragmatismo teoretico » (p. 83).

litiva ma anche a una semplice messa in discussione di alcuni aspetti. È il tema della proprietà privata individuale, al quale, invece, Finzi dèdica il suo discorso inaugurale per l'anno accademico 1922/23 del fiorentino Istituto Superiore di Scienze Sociali 'Cesare Alfieri' e una delle Relazioni di base al Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario nel 1935. Ci sembra opportuno esaminare subito congiuntamente l'uno e l'altra.

Due interventi, intimamente collegati nello sviluppo del pensiero dell'Autore, da considerarsi — l'uno — quale avvìo di un ripensamento fortemente critico — l'altro — quale sistemazione definitiva di una completamente rinnovata visione dell'istituto proprietario. Ma, quando si parla di proprietà da parte di un civilista, si entra necessariamente in quel sacrario dove tutto è intoccabile: siamo, infatti, nel *sancta sanctorum* della costituzione politico-giuridica moderna, al cui centro sta la proprietà privata individuale quale pilastro costituzionale portante dell'intiero edificio costruito dalla borghesia uscita vittoriosa dalla rivoluzione dell'89.

Si badi: Finzi non ha amoreggiamenti comunistici, né intende farsi echeggiatore a Firenze dei lontani sommovimenti sovietici contemporanei. Egli crede, più semplicemente, che sia giunto il momento di ridiscutere una dogmatica, di calare un dogma giù dall'empireo dove lo si era situato e fermato, riducèndolo a fatto storico.

Non sarà, infatti, mai ripetuto abbastanza che Finzi vive intensamente e senza prevenzioni il proprio tempo storico, lo osserva, lo registra, ne registra soprattutto la transizione che lo dòmina e che coinvolge l'intiero ordine sociale, economico, giuridico (47). Egli guarda al passato prossimo, arrivato per inerzia a toccare il presente (ossia alla modernità giuridica), da giurista pos-moderno, con occhi — grazie a Dio — smaliziati e, pertanto penetrantissimi.

Non lo disturba affatto — lui, appartenente a una cospicua famiglia ebraica mantovana — il diritto di proprietà individuale: lo disturba come lo si era mummificato e immobilizzato sino ad allora, nella statica rarefatta di uno stato primordiale di natura, fuori dalla

(47) « Una semplice, superficiale osservazione del mondo in cui viviamo ci avverte che la concezione del diritto di proprietà è mutata » (*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 55).

storia perché mai effettivamente esistito, dove galleggiavano figure di soggetti proprietarii più simili a delle statue artefatte che a dei personaggi concreti immersi nella loro esistenza quotidiana e chiamati a popolare strade, case, fondachi, mercati, boschi e terre coltivate. Finzi, intellettuale immerso in un tempo pos-moderno e che non vuole tradire i segni di questo tempo, avverte l'esigenza di rimboccarsi le maniche e di cominciare a costruire una proprietà che rispecchi i bisogni emergenti, di sottrarla dalla sua innaturale collocazione entro il cielo delle stelle fisse e di immergerla nella storia. Insomma, ne reclama la storicità.

Si domanda Finzi che cosa sia « il diritto di proprietà secondo la mente del nostro legislatore: espressione del più puro individualismo, perpetuo, assoluto, dispotico ». Aggiungendo prontamente: la concezione del diritto di proprietà è mutata; « quell'individualismo assoluto [...] era già superato nel momento stesso in cui veniva posto a base del nuovo diritto » (48). C'è, nel procedere del Novecento, un « processo di trasformazione » (49) in atto che non può essere eluso, che — al contrario — impone la revisione della stessa struttura tecnica semplicissima della proprietà così come la si era forgiata nelle officine della Rivoluzione: un diritto soggettivo inattaccabile nella sua assoluta perfezione. Ora, 1922, il cómpito — culturale e sociale insieme — di un giurista consapevole è di considerare « la proprietà solo o prevalentemente come una funzione sociale » (50). E questo lui fa.

Finzi è convinto che non ci si può contentare delle limitazioni che, dall'esterno, erano ammesse, in talune specifiche ed eccezionali circostanze, a comprimere il nodo potestativo proprietario. Ormai, gli sembra giunto il momento di calare all'interno della struttura giuridica, rifiutarne la semplicità artificiosa, riscoprirne invece la complessità; in quell'interno, accanto alle situazioni di *diritto*, sono da identificare, almeno in relazione alla utilizzazione della cosa, precise situazioni di *dovere*, sì da conseguire il risultato prezioso di un meccanismo tecnico-giuridico assai diverso da quello della vul-

(48) *Ibidem*.
(49) Ivi, p. 56.
(50) Ivi, p. 57.

gata illuministico-rivoluzionaria e soprattutto più cònsono alle istanze contemporanee (51).

Finzi sottolinea: occorre individuare le naturali situazioni di dovere, di cui la proprietà *natura sua* si compone, come intrinsecamente giuridiche e non lasciarle nel limbo socialmente innocuo dei doveri unicamente morali e religiosi; e, polemizzando con la visione pandettistica del Thon, insiste compiaciuto sulla attuale (1922) « tendenza a trasportare lo scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso » (52). « Funzione sociale, dunque, diritto condizionato a doveri, doveri in retribuzione dell'interesse difeso » (53).

Puntualizzando, a chiusura del suo discorso, un palese atteggiamento del proprio tempo, ben espresso da un « moderno (54) indirizzo che tende a modificare soggettivamente il diritto di proprietà, spostandone la pertinenza dall'individuo a collettività più o meno ampie » (55), Finzi vi coglie un movimento — secondo lui — da guardare con simpatia e assecondare. Egli non mancherà di farlo in prosieguo, come vedremo, nell'univoco manifestarsi del suo pensiero pur in diverse direzioni. È un movimento dottrinale, come egli stesso rileva, testimonianza eloquente di quanto possa essere creativa una scienza giuridica attenta ai segni dei tempi, ma anche

---

(51) Ivi, p. 59.

(52) Ivi, p. 60.

(53) Ivi, p. 65.

(54) Vale la pena di segnare qualche precisazione sul significato dell'aggettivo *moderno* così come è usato qui dalla penna di Finzi, significato ben diverso da come l'ho usato io in tutta questa Introduzione. Per Finzi *moderno* significa semplicemente ciò che è a lui contemporaneo, quindi ciò che lui sta vivendo e osservando. Per me, nella mia analisi storico-giuridica, l'aggettivo *moderno* viene usato in opposizione a *pos-moderno*, puntualizzando in tal modo due fasi ben definite che il diritto ha vissuto negli ultimi due secoli: una prima fase — quella che io chiamo 'modernità giuridica' — consolidata con la Rivoluzione dell'89 e, poi, durante il corso dell'Ottocento, è fase di acceso statalismo e altrettanto acceso formalismo; una seconda fase, il *pos-moderno*, affiora a fine Ottocento ed è il tempo in cui vengono messi in crisi — in un crescendo continuo durante il secolo XX — le certezze della modernità, ossia la riduzione del diritto nello Stato e nella legge, la scienza giuridica quale scienza pura, l'individualismo giuridico affermato in tutta la sua assolutezza. Certezze, queste, nelle quali Finzi, personaggio pos-moderno, non crede più.

(55) FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 73.

dimostrazione di « quanto si illuda il legislatore che crede di essere l'artefice del diritto » (56).

La dinamica del diritto, nella visione finziana, è prevalentemente affidata, o ai fatti economici che premono (per esempio, sul legislatore di guerra costringendolo a scelte in qualche modo eversive (57)), o a fonti più sensibili al divenire e al trasformarsi storico, come dottrina e giurisprudenza pratica.

13. Diritto di proprietà e disciplina della produzione *(1935).*

Diretta prosecuzione e naturale sviluppo del programma disegnato nel discorso inaugurale del 1922 è la Relazione congressuale di tredici anni dopo, ma anche compiuta definizione e sistemazione delle intuizioni lanciate in anni turbolenti di un rovinoso dopoguerra.

Ora, 1935, il clima italiano è più riposato: da un lato, quel riposo significa oppressione sotto il tallone pesante della dittatura fascista; ma ci sono anche delle scelte economico/giuridiche, che il Regime si è accollato mal volentieri, che porta avanti stancamente, che rappresentano tuttavia per parecchi intellettuali italiani i segni di un tempo novecentesco, e segni da raccogliere e ordinare per il messaggio oggettivo di cui erano portatrici: soprattutto, la nuova considerazione della *cosa* come realtà complessa, non più soltanto oggetto passivo di poteri, bensì entità carica di valenze economiche, realtà produttiva capace di assurgere per le proprie qualità intrinseche al centro del sistema dei rapporti uomo/beni.

Il riferimento, come si capisce, è all'ordinamento corporativo, ufficializzato in Italia con la legge del 1926, che lo accomodava alle esigenze di un potere autoritario e lo alterava assai, ma che non poteva togliergli preziosi germi oggettivi per la costruzione di un diritto congeniale al tempo pos-moderno di quel maturo Novecento. Finzi, che non è fascista, porge volentieri attenzione al movimento corporativistico, con un atteggiamento che si identifica con quanto or ora si annotava: quello di rimuovere gli orpelli estranei e infestanti

(56) *Ibidem.*

(57) Finzi cita ripetutamente, nel corso del saggio, gli interventi legislativi eccezionali del quadriennio 1915/1919.

inseriti a forza dalla ufficialità fascista e di carpirvi le non poche specularità con la transizione in corso, raccogliendole e organizzandole in un discorso scientifico innovatore.

Questo si poteva (e si doveva) fare proprio in tema di proprietà privata individuale. Ed è quello che fa Enrico Finzi, riuscendo in tal modo a irrobustire e a dare forma compiuta alle intuizioni sparse del 1922.

Vale la pena di cominciare da alcune affermazioni, che sono — invece — al termine della Relazione: « È nell'*officina delle cose* che si preparano i nuovi progressi del diritto patrimoniale. Non è difficile intravedere il momento nel quale la complessità, che è sempre maggiore nel mondo esterno, penetrerà anche in quello giuridico. Noi siamo ancora nella nostra scienza ad uno stato incredibile di semplicità ». Alle quali si aggiunge un rilievo puntuale: « La strada è lunga per dare ai congegni giuridici la rispondenza ai congegni tecnico-meccanici e economici. Ma la via per giungervi è proprio quella della *organizzazione delle cose* come oggetto di diritti. La pratica avanza la dottrina » (58).

Finzi è convinto che, orecchiando con disponibilità quanto sta da tempo fermentando nella prassi, sia arrivata l'ora per realizzare — almeno a livello scientifico — una maggiore coerenza tra il divenire dei fatti e le forme giuridiche, ed è in questo senso che la Relazione è condotta: Relazione programmatica, ma anche identificatoria delle pietre che servono per una nuova, però concretissima costruzione; la quale non può cominciare che dalla assunzione di un corretto angolo di osservazione, condizione preliminare per la correttezza dell'indagine secondo chi aveva fatto tesoro delle raccomandazioni epistemologiche dei pragmatisti fiorentini.

Da qui egli parte, segnalando con cristallina chiarezza all'uditore/lettore da quale osservatorio condurrà la sua analisi: « ho considerato il mio tema prevalentemente sotto il profilo delle cose, oggetto del diritto di proprietà e della disciplina della produzione: profilo piuttosto inusitato » (59). Inusitato — dico io — e che

---

(58) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 180. I corsivi sono nel testo originario di Finzi, e debbono ovviamente essere intesi come sottolineature dello stesso Autore.

(59) Ivi, p. 159.

avrebbe, in quel torno di anni, aumentato l'appartatezza scientifica del personaggio.

Il giurista sembra quasi distendersi per terra e guardare al diritto di proprietà dal basso. Non è né una bizzarria, né una innocua variazione sul tema. È una cautela metodologica, da leggersi e interpretarsi come uno di quegli atti di vigilanza pragmatistica, che possono salvare da equivoci e luoghi comuni. È la cautela che consente a Finzi di attingere pienamente quel livello, che a lui, giurista concreto e anche giurista pratico, è più caro: quello dell'effettività.

Il capovolgimento dell'angolo di osservazione, infatti, non gli dà — semplicemente invertita — la stessa identica immagine che si sarebbe avuta nei procedimenti consueti di analisi, giacché non si è trattato soltanto di spostarsi sulla cosa, ma di spostàrvisi per poter prestare attenzione alle regole in quella contenute, per rendersi conto dei tanti meccanismi interiori che lo sguardo dall'alto non consentiva di cogliere e di percepire. Il capovolgimento, in altre parole, non è formale, è sostanziale.

Un primo vistoso risultato è il riconoscimento del carattere prevalentemente pubblicistico del vecchio diritto privato patrimoniale. Il bene, quale struttura fenomenica ed economica, è una realtà ontologicamente insofferente ad essere costretta nell'angustia di un processo di individualizzazione da parte di un soggetto singolo, ma reclama la sua centralità nella organizzazione socio-economica generale e, poiché « non vi sono beni indifferenti allo Stato » (60), si può arrivare ad affermare « quasi una *demanialità indiretta*, un concorso attivo dell'interesse pubblico con quello privato nel godimento delle cose » (61).

Nella società novecentesca, insomma, « sono i beni che si mettono in primo piano », che « si pongono logicamente come un prius rispetto al cittadino, cui spettano », « non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli » (62).

Con rilevanti conseguenze a livello di teorizzazione dei poteri: relegato senza un rimpianto lo *ius abutendi* di umanistica memoria

(60) Ivi, p. 161.
(61) Ivi, p. 163.
(62) Ivi, p. 160.

fra le anticaglie inservibili, il potere del proprietario appare sempre più un potere *discrezionale*, « cioè, insieme, *libero* e *vincolato* » (63), con la consequenziale possibilità di applicargli le figure familiari al diritto pubblico dell'eccesso e dello sviamento di potere, con la parallela ammissibilità anche entro i confini del cosiddetto diritto privato della tutela degli interessi legittimi.

Sono, queste, conclusioni che si commentano da sole. Ci limitiamo unicamente a osservare che, con queste pagine fortemente innovative, Finzi, sul piano della costruzione giuridica, rompeva le muraglie della rigida dicotomia 'diritto privato/diritto pubblico' assunta a basamento portante dello Stato moderno di diritto e favoriva disinvoltamente la osmosi fra le due dimensioni e fra gli strumentarii tecnici a ciascuna di esse riservati. Sul piano della storia del pensiero giuridico anticipava nettamente nel '35 quelle che sarebbero state le diagnosi pugliattiane su 'le proprietà' nei primi anni Cinquanta. Muraglie infrante, anticipazioni, rimozioni di visioni tradizionali, che non potevano non sollevare l'irritazione almeno dei molti misoneisti. Nell'àmbito dello stesso Congresso agraristico la posizione anti-soggettivistica di Finzi provocò interventi pesantemente critici. Fulvio Maroi, che, pur essendo ben inserito nell'ideologia fascista, ne rappresentava l'anima liberal-proprietaria, non ebbe esitazione nel rimproverare a Finzi di essere giunto a delle conclusioni, inaccettabili perché portavano « all'attenuazione della proprietà privata, che è un aspetto della personalità umana, come fu detto dal Duce » (64).

La visione oggettivistica incrinava le mitologie soggettivistiche, pietre possenti sulle quali la modernità aveva edificato una proprietà individuale inattaccabile dalla usura della storicità; e ne scaturiva un secondo risultato di enorme rilevanza. La proprietà e il proprietario, cui l'ordinamento avrebbe fornito d'ora in avanti la propria tutela qualificata, non saranno le figure che la vecchia tradizione classica — rimosso lo scomodo magistero medievale — aveva consegnato alla strategia giuridica moderna e che l'individualismo sette/ottocentesco aveva fatto proprie; non sarà certamente la proprietà pura — situazione astratta da ogni connessione con la realtà economica ma

(63) Ivi, p. 176.
(64) *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, cit., p. 260.

connessa inestricabilmente alla libertà del soggetto, costruita su di lui e per lui perché espressione e presidio di questa libertà — a fungere da perno della nuova complessa vita sociale del secolo ventesimo (65).

Ciò che questa società esalta e protegge è soprattutto la produzione, ossia la *cosa in atto*, la cosa in quanto gremita di valenze economicamente rilevanti; inoltre, più che la cosa singola e disarticolata, l'azienda, « questa cosa nuova » quale complesso di elementi patrimoniali unificati sul piano economico ma anche tecnico-giuridico dal materiale coordinamento e dallo scopo comune (66). Ciò che essa auspica è la coincidenza fra appartenenza del bene e gestione della produzione, ciò che esige è la generalizzazione della figura del proprietario/produttore, che non potrà non essere il protagonista della presente (e, ancor più, della futura) vita economica: « la proprietà in sé, come puro rapporto di dominio e di pertinenza di cose corporee, appare sotto il profilo della disciplina giuridica della produzione, soltanto in secondo piano [...]. Per la stessa cosa la disciplina statica ha un destinatario (il proprietario) e quella dinamica ne ha un altro (il produttore): la coincidenza delle due posizioni rafforzando e l'una e l'altra tende a determinare — come socialmente utile — la figura del *proprietario produttore* » (67).

È anche quanto Finzi propone al Congresso « come oggetto di studio interessante ed urgente » (68). Quanto diversa, questa figura, da quella del puro proprietario capitalista! In essa e con essa il diritto soggettivo del proprietario è trasformato in funzione sociale; come tale, è una posizione soggettiva complessa dove sono prevalenti più le venature di dovere che quelle di diritto.

È ovvio che, per arrivare a siffatti rilevantissimi risultati, occorre un drastico svecchiamento per quanto riguarda tutto il pesante fardello delle concezioni proprietarie di conio romano e romanistico diventate supporto culturale e tecnico della concezione moderna. Occorre che ci si sbarazzi senza rimpianti di queste ipoteche culturali passivamente accettate dalla maggioranza dei

---

(65) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., soprattutto p. 168 ss.
(66) Ivi, p. 169.
(67) Ivi, p. 171.
(68) *Ibidem.*

giuristi ma non più corrispondenti alle istanze del nuovo tempo novecentesco; prima fra tutte la dicotomia — tutta romana — *ius publicum/ius privatum*, troppo orientata in senso individualistico nella sua interpretazione dei diritti reali, mentre dai sotterranei della storia devono riemergere strumenti plastici come la *Gewere* e il dominio utile, su cui una arrogante tradizione nutrita di archetipi romanisti ha tanto acremente irriso.

Finzi, che si tappa gli orecchi per non ascoltare i tromboni fascisti inneggianti retoricamente alla romanità, passa ad una precisa proposta:

> Il tradizionale concetto della proprietà tuttora dominante, muovendo dal soggetto e dal suo diritto, razionalmente culmina nella struttura romanistica. Ma chi muovesse dalla considerazione della cosa sarebbe portato piuttosto verso l'empirismo germanico che, nella *Gewere*, fondendo e confondendo in uno stesso concetto giuridico ogni potere sulla cosa ed ogni suo godimento, mal distingueva proprietà e diritto reale e possesso, e tutti poneva come omogenei — pur graduandoli nella loro intensità relativa — in virtù, appunto, del loro comune carattere e della comune attitudine a legittimare passivamente ed attivamente il padrone ai diritti e ai doveri propri di chi gode determinati beni. Così la visione che parte dall'oggetto potrebbe anche determinare la rinascita della dottrina [...] che, vedendo concorrenti sulla cosa e conciliati e temperati in essa, interessi e diritti pubblici e privati, pone la stessa cosa come oggetto del *dominio eminente* dello Stato e del *dominio utile* del privato e concepisce come possibili diritti omogenei concorrenti su di essa considerandoli sotto i diversi aspetti delle sue varie utilizzazioni (69).

Lo storico del diritto non può non rilevare un certo quoziente d'ingenuità culturali nella candida proposta finziana; quel che conta, però, per il nostro civilista è la convinzione che soltanto dopo essersi tolto di dosso un mantello soffocante, il giurista italiano degli anni Trenta potrà finalmente costruire l'edificio nuovo di cui c'è bisogno. La diversa strada additata serve da salvataggio culturale in grazia del suo essere un canale di scorrimento culturale immune da posizioni dogmatiche e da mitizzazioni coartanti.

14. Verso un nuovo diritto del commercio *(1933).*

Ecco un altro discorso inaugurale, quello per l'anno accademico 1932/33 del Regio Istituto Superiore di Scienze Economiche e

---

(69) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 167.

Commerciali in Firenze, nel quale Finzi è ancora incardinato; ecco un'altra occasione per amplificare e sonorizzare la propria voce su temi, che sono — innanzi tutto — di indole metodologica. E c'è perfetta consonanza con la quasi coeva Relazione congressuale del 1935, di cui si è appena discorso; ma — aggiungo — c'è consonanza con tutto l'itinerario scientifico precedente. Diamo, ora, ad esso la precedenza, anche se taluni interventi che seguono nella nostra raccolta — di minore spessore culturale — sono cronologicamente precedenti.

Il tema è uno di quelli che scottavano a fine 1932: quale diritto commerciale per la società italiana del maturo Novecento? Sono pressoché unanimi le insoddisfazioni per il mantenimento in vita del Codice di Commercio del 1882, che pure aveva parecchi meriti rispetto a quello — nato decrepito — del 1865. Si erano susseguiti i progetti Vivante e D'Amelio ambedue insabbiati — rispettivamente nel '22 e nel '25 — e nel 1927 era stato confezionato un progetto italo-francese per un Codice delle Obbligazioni. Continuava in Italia lo zelo codificatorio verso un Codice autonomo, indirizzo che — come si sa bene — sarebbe stato smentito solo a fine 1940, ormai alle soglie di una promulgazione.

Accanto a questa faticosissima gestazione legislativa, nella dottrina italiana, assopita con il passare degli anni la vitale e coraggiosa creatività del grande Vivante, un modello pressoché ineludibile era offerto dai *Principii di diritto commerciale* pubblicati nel 1928 da Alfredo Rocco, che riuniva nella sua persona non soltanto il prestigio di ferratissimo giurista ma anche l'imponenza di potente Guardasigilli nel Governo centrale fascista, modello che aveva il difetto di riproporre imperturbabile quel formalismo positivista di fine Ottocento — dalle sicure ascendenze pandettistiche — propugnatore di una scienza giuridica quale sapere depuratissimo.

Al progetto D'Amelio Finzi, come vedremo, non aveva mancato di elevare in uno scritto specifico del 1928 alcune aspre critiche (70). Con i "Principii" di Rocco, risolvèntisi in una pandettistica teoria dei soggetti commercianti e degli atti di commercio, non poteva esserci sintonia; anzi, dovevano sembrare allo storicista

(70) Cfr. più avanti, alla p. 421.

Finzi non dissimili dalla imbalsamazione di un cadavere. Lo stato d'animo, dunque, con cui si accinge nel '32 a tenere il suo discorso, non poteva non consistere in una esasperata insoddisfazione; e la *vis polemica*, atteggiamento tipizzante del civilista mantovano, si fa — a tratti — virulenta.

L'avvìo è netto: occorre prendere le distanze dal passato dogmatismo, ribadendo alcune verità, elementari sì ma troppo spesso dimenticate: « immersi nella storia, inconsapevolmente ci muoviamo con essa »; « il diritto è una formazione storica, spontanea, nativa, essenziale ad ogni gruppo sociale » (71). Occorre, allo stesso tempo, rendersi conto che una siffatta visione storicistica — l'unica epistemologicamente inoppugnabile — esige nel giurista la piena disponibilità a seguire le trasformazioni della società costruendo, in coerenza, architetture teoriche e normative a quelle congeniali; una disponibilità che deve anche tradursi nel coraggio di imboccare vie nuove e disegnare soluzioni nuove per i nuovi problemi.

Il nostro civilista, ormai maturo per età e per acquisita perizia, che ha sperimentato sulla sua pelle il conservatorismo misoneistico della scienza giuridica ufficiale tradòttosi nei suoi riguardi in astio o, se va bene, in indifferenza, non può che ribadire una voce altamente, severamente polemica: « ciò che esce dai quadri del sistema è, spesso, ignoto o negato dai giuristi; i quali si sforzano a piegare, a deformare i rapporti nuovi ed il nuovo diritto perché rientrino negli schemi tradizionali, nei *dogmi* che sembrano inattaccabili; ed ignorano volutamente o inconsapevolmente tutto ciò che non può rientrare nel loro sistema » (72).

Dalla contestazione generica dell'inerzia culturale si passa al rifiuto di precise scelte, che hanno rappresentato un costo pesante per lo sviluppo del diritto pos-moderno. Eccole qui squadernate.

---

(71) *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit. (i due testi sono, rispettivamente alle pp. 204 e 205).

(72) Ivi, p. 206. Il testo finziano prosegue con queste frasi assai significative: « annullando così con l'omogeneità del dogma l'originalità nativa, soffocando la spinta vitale della sorgente sempre viva del diritto che si forma da sé, *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*; e riconducendo, dopo secoli di fecondo sviluppo, la grande fiumana del diritto speciale del commercio, al tronco del diritto comune, dal quale, non senza enormi vantaggi per la civiltà, si era staccata ».

L'aver preteso di soddisfare l'esigenza di novità con delle variazioni minime, limitandosi a « riforma, senza immutazione; migliorie, non rinnovamento » (73).

L'aver preteso di sacrificare interamente la scioltezza e flessibilità della prassi commerciale entro la corazza di una codificazione, inconsapevoli (o — peggio — tragicamente consapevoli) di soffocare in tal modo nelle trame rigide di un Codice nazionale (cioè statale) la fonte consuetudinaria (che è il prezioso cordone ombelicale tra regola commerciale e prassi), nonché la tensione universalistica propria al diritto commerciale, una branca giuridica cui è naturale una dilatazione universale sicuramente non costringibile entro artificiose frontiere politiche.

L'aver preteso di comprimere un diritto radicato nella « natura dei fatti » (74) entro un sistema romanistico/civilistico imperniato su quella tripartizione « *personae* — *res* — *actiones*, come disegnò Gaio e come Napoleone risigillò », che è una vera "tomba" per lo spontaneo, rapido evolversi delle forze economiche (75).

Già su questi rilevanti spunti metodici si impongono alcune considerazioni, che vorrei condurre servèndomi del pensiero che lo stesso Finzi sviluppa nel proseguimento del discorso e che puntualizzano i limpidi strumenti teorici che, di lì a tre anni, saranno utilizzati per la Relazione fiorentina.

Il tempo è tempo di crisi, che il giurista coglie nella sua duplice dimensione di incrinatura e distruzione ma altresì di crescita e rinnovazione; con il convincimento che, affinché si abbia una palingenesi, occorre il coraggio di distruggere non per smania iconoclastica ma per liberare il terreno e consentire una libera nascita del nuovo. Nuovo, novità: è la grande esigenza, che preme sulla osservazione/riflessione del Nostro.

E qui ritroviamo le certezze distruttive e costruttive della Relazione del 1935. Valutazione pessimistica del diritto positivo italiano: « quasi tutti quei mezzi che la fantasia creatrice dei gruppi

---

(73) Ivi, p. 208.

(74) Secondo l'insegnamento assai risalente di Cesare Vivante, il quale, varando nel 1893 il primo volume del suo "Trattato di diritto commerciale", aveva inserito tra le fonti in senso formale anche la 'natura dei fatti (cfr. vol. I, lib. I, cap. I, §. 9).

(75) *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., p. 210.

interessati ha concepito sotto la pressione delle necessità contingenti, sono ignoti al nostro ordinamento giuridico positivo » (76); cui segue l'osservazione amara di un « diritto vivente anche e soprattutto fuori delle norme codificate » (77) e la constatazione del fossato sempre più profondo che si va scavando tra esperienza giuridica e legalità giuridica. In rapporto, poi, al tema del discorso, è brutale — ma franco e anche veridico — l'accertamento che « il diritto commerciale codificato è ormai *fuori fase (78)* [...] rispetto al commercio che esso vuole disciplinare » (79).

Finzi — che, evidentemente, dall'immediato primo dopoguerra, sta continuativamente studiando per una corretta configurazione dei beni, della proprietà e dei diritti reali limitati — estende l'accertamento a tutto il diritto patrimoniale codificato, coglièndone il vizio essenziale nel soggettivismo esasperato di cui lo si è intriso; infatti, « questo, come già nel diritto romano, è concepito essenzialmente in funzione del soggetto » (80).

E batte su quello che è il perno centrale di questo discorso così come della Relazione al Congresso agraristico: è necessario il recupero di una visione oggettiva, giacché « i beni sono ormai per la Nazione, e, quindi, per lo Stato, un *prius* rispetto al cittadino [...]. L'ordinamento giuridico privato patrimoniale, incardinato sulla base essenziale del diritto soggettivo è oggi un anacronismo » (81). E, per noi che conosciamo bene le verità esposte nella Relazione del '35, può sembrare quasi un ritornello l'insistenza sul necessario capovolgimento dell'angolo di osservazione e sulla nuova obbligata soluzione del rapporto problematico uomo/cose: « non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli » (82).

---

(76) Ivi, p. 211.
(77) Ivi, p. 212.
(78) Il corsivo è dello stesso Finzi.
(79) Ivi, p. 212.
(80) Ivi, p. 212.
(81) Ivi, p. 214.
(82) Ivi, p. 214. Vale la pena, per una migliore consapevolezza del lettore, riportare qui tutto il testo finziano, di cui ho riprodotto più sopra solo la conclusione: « tutte le discipline nuove [...] hanno una base essenzialmente *oggettiva* [...] è la terra, è la nave, è l'azienda produttiva che oggi primariamente vuole la sua regola [...] non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli » [il corsivo è di Finzi].

Come nella Relazione che Enrico sta già preparando, v'è un'altra scelta da compiere, e metodologicamente obbligata: rifiutare la rigida dicotomia tra pubblico e privato della tradizione romanistica e acquisire una consapevolezza più complessa della inestricabile osmosi intervenuta fra le due dimensioni nella società posmoderna.

Mettendo a fuoco il suo sguardo sul diritto commerciale e mettendo a frutto — palesemente — le letture di Maestri tedeschi che avevano coniato, già in età guglielmina, il nuovo diritto dell'economia e la realtà nuova dell'impresa, egli ci offre un disegno del commercio quale realtà dove è ormai centrale il fenomeno della *organizzazione*, della organizzazione di tante emergenti pluralità di soggetti, di cose, di servizii, « le quali devono concepirsi organicamente unite nella loro funzione economica » (83). Se si vuole corrispondere a quanto i tempi pos-moderni chiedono, si dovrà mettere da parte « l'individualismo atomistico economico e giuridico » che « appare uno stridente anacronismo nei rapporti commerciali » (84). Ciò non significa che si debba cancellare la presenza del singolo commerciante e del singolo atto di commercio; tuttavia, non è su siffatta presenza che si fonderà il diritto del futuro.

L'incubo dello storicista Finzi è costruire fuori del tempo o contro il tempo; il rischio infamante per un uomo di cultura è l'anacronismo, le edificazioni anacronistiche, che non sono capaci di esprimere le esigenze della società e, pertanto, anche di reggere alla usura del divenire. La percezione è lucida: « il sigillo dell'unità economica non viene più dal soggetto, rispetto al quale i beni si raccolgono nel *patrimonio* [...], bensì, invece, dallo scopo, che, coordinandoli nell'*azienda*, costituisce organismi oggettivi... è il soggetto in funzione dell'azienda, non l'azienda nel patrimonio del soggetto [...] l'imprenditore non è tanto il *padrone* quanto l'*esponente responsabile* dell'azienda [...] esercitando una funzione, viene sottoposto a doveri particolari ed investito di particolari diritti » [i corsivi sono tutti di Finzi] (85).

---

(83) Ivi, p. 219.
(84) Ivi, p. 219.
(85) Ivi, p. 221.

Anche qui è la mistione inevitabile tra pubblico e privato, che fa dell'imprenditore commerciale, in quanto 'esponente responsabile dell'azienda', l'investito di una funzione e investito indubbiamente di una vasta gamma di diritti alla quale si accompagna (non può non accompagnarsi) una altrettanto vasta gamma di doveri. Il discorso del '35 sul proprietario è anticipato qui nel disegno della figura dell'imprenditore commerciale. Per Finzi « il diritto della produzione e degli scambi organizzati, pur rimanendo in concreto diritto dei privati, dovrà resultare (come è già di fatto) largamente permeato da criteri pubblicistici... un punto di intersezione tra il diritto pubblico e il diritto privato » (86).

Un profilo merita una ulteriore speciale sottolineatura: la visione del tempo presente e prossimo venturo come tempo dove si estendono e si intensificano nella società e nell'economia le dimensioni sociale e collettiva. Qui il discorso finziano fa il paio con quello contemporaneo di un altro grande anticipatore nella scienza giuridica italiana degli anni Trenta, Tullio Ascarelli, anche lui eretico impenitente ma accademicamente più fortunato di Finzi: non più il soggetto ma l'organizzazione imprenditoriale, non più soltanto la singola impresa ma le unioni fra imprese, giacché « il nuovo diritto dovrà considerare e regolare il fenomeno delle *pluralità collegate*, e la nuova dottrina dovrà costruirlo sistematicamente » (87).

Il suggello finale del discorso riprende lo slancio dell'inizio; con un totale ottimismo, corroborato da tutto lo svolgersi argomentativo tessuto dal giurista e con la volontà ancor più risoluta di fissare un programma operativo reso saldo e resistente dalla forza dell'azione sapienziale tecnica: « il momento di edificare par giunto [...] il riformismo giuridico è finito: bisogna, ormai, ricostruire dalle fondamenta. Il nuovo diritto è in atto: vano è lo sforzo di ricondurlo agli schemi antichi » (88).

Mi consento solo alcuni brevi commenti finali. Intanto, si tratta di una riflessione di straordinaria lucidità, e proiettata verso il futuro. C'è da lamentarsi che, a differenza della Relazione del '35, questo testo, confinato negli introvabili 'Annali' dello Istituto uni-

(86) Ivi, p. 226.
(87) Ivi, p. 224.
(88) Ivi, pp. 227/228.

versitario fiorentino e in una Rivista a torto sepolta tra le spazzature del Regime, sia troppo poco conosciuto.

Chi leggesse isolatamente questo saggio, identificherebbe giustificatamente il suo autore in un cultore e docente di diritto commerciale e non in un civilista (89). Come è dimostrato da parecchi dei contributi inseriti in questa raccolta, Finzi è un civilista attratto da un diritto squisitamente fattuale, che nasce dal basso della esperienza e la riflette fedelmente, al quale ripugnano dogmatiche e metafisiche. Il giurista storicista si trova a proprio agio nel maneggiare gli strumenti tecnici pretesi dalla prassi economica e nel rifletterci sopra.

15. *Qualche cenno sul prosieguo della raccolta.*

Il messaggio scientifico di Enrico Finzi e il suo vólto originalissimo entro la civilistica italiana del Novecento sono consegnati alle due monografie (di cui si è discorso), alle due innovative riflessioni in tema di proprietà, al tentativo costruttivo 'Verso un nuovo diritto del commercio'.

I saggi ulteriori qui raccolti — a parte il primo, che è, come si è detto, nulla più che la introduzione metodologica a *Il possesso dei diritti* — confermano, avvaloràndolo e ancor più tipizzàndolo, quel vólto, confermano un personaggio che, lungi dal lasciarsi intimorire dalle novità, vi si immergeva volentieri con un vivace spirito esplorativo e con la ottimistica persuasione di vivere anticipatamente un prossimo avvenire.

16. Conflitto tra principii generali del diritto *(1927).*

Il saggio intitolato *Conflitto tra principii generali del diritto* costituisce la annotazione ad una sentenza del 1926 delle Sezioni Unite della Cassazione del Regno, che afferma — e contribuisce a consolidare — il principio della cosiddetta 'apparenza del diritto'.

---

(89) Finzi insegna per parecchi anni, durante la sua permanenza nel fiorentino 'Istituto Superiore di Scienze Economiche', anche il 'Diritto commerciale', ma sempre come semplice incaricato, ricoprendo invece la cattedra di 'Istituzioni di diritto privato'.

Il primo sasso lo aveva lanciato nella piccionaia sonnolenta dei civilisti italiani Giacomo Venezian nella sua « ormai classica Prolusione » (90) bolognese del 1900 su *La tutela dell'aspettativa*, e lo stesso Finzi, suo fedele allievo, non aveva mancato di accennarvi con piena adesione nelle sue monografie. La corrente, che va propugnàndola, è come un fiume che — scorrendo — cresce di portata: se ne appropria un commercialista, geniale e bizzarro insieme, Lorenzo Mossa; un suo allievo diretto, Sergio Sotgia, la strutturerà in un suo volume del 1930 entro una costruzione sistematica, e negli anni Trenta le darà una definitiva consolidazione scientifica e giurisprudenziale Mariano D'Amelio, autorevole Primo Presidente della Cassazione (91). Ed è D'Amelio che presiede il collegio delle Sezioni Unite che pronuncia il 31 marzo 1926 la decisione annotata dal Nostro.

Precisa Finzi, che scrive per una Rivista giuridica locale « Il Foro Toscano »: « segnaliamo ai lettori la grande importanza della massima accolta dalle Sezioni Unite », perché « vi si riconosce quale principio generale del nostro diritto positivo quella 'tutela delle aspettative' (come felicemente si espresse il Venezian nella sua ormai classica *Prolusione*) che vari scrittori e giudicati avevano rilevato in numerose disposizioni di legge, raccogliendole ad unità » (92). La tutela dell'apparenza lascia l'appartato cantuccio del rimedio eccezionale per diventare un principio generale concorrente all'altro tradizionalmente condensato nel brocardo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Allo stesso Finzi la massima « appare innovazione particolarmente ardita » (93), ma condivisibile giacché corrisponde alla « necessità sociale di tutelare gli acquisti fatti in buona fede da un terzo in base ad una legale apparenza del diritto » (94). Certamente, si pongono non facili problemi ermeneutici a causa della « assunzione,

---

(90) Parole di Finzi, sempre pieno di ammirazione per il non dimenticato Maestro bolognese: *Conflitto tra principii generali del diritto*, cit., p. 5.

(91) Per una maggiore precisazione di tutti questi riferimenti, mi sia consentito di rinviare alle pagine di: GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico*, cit., p. 185 ss.

(92) *Conflitto tra principii generali del diritto*, cit., p. 5.

(93) *Ibidem.*

(94) Ivi, p. 6.

in uno stesso ordinamento giuridico positivo di due principi generali antitetici » (95).

Alla scienza civilistica non mancherà il lavoro. Infatti, « si impone alla dottrina un compito grave che essa non ha ancora del tutto affrontato ed assolto [...] accertare se un interesse sociale prevalente sospinga ad una più ampia e organica esplicazione dell'istituto stesso [...] costruire infine giuridicamente l'istituto sulla base dell'accertamento oggettivo e della valutazione teleologica, spiegare cioè come avvenga tecnicamente l'acquisto del diritto per opera di chi diritto non ha ed a danno di colui cui invece il diritto spettava » (96).

17. Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale *(1928).*

Questo ampio saggio — così come i tre seguenti — dimostrano l'attenzione (e anche l'attrazione) di Finzi verso i temi/problemi del diritto commerciale, gremiti — ai suoi occhi — di fattualità economica.

Qui si ha una valutazione pesantemente negativa de « Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale ». Mi preme di sottolineare, entro il complesso elaborato finziano, quei punti nei quali risalta in tutta la sua originalità il timbro della sua tipica voce.

Il primo punto concerne il primo articolo del Progetto e il problema delle fonti del diritto commerciale. Il netto rimprovero che il civilista Finzi fa alla formula proposta dalla Commissione è di « adagiarsi in un comodo agnosticismo » (97).

Esplicitiamo meglio il pensiero del Nostro: egli, convinto della ben cementata specialità del diritto commerciale, vuole evitare che si ricorra con troppa facilità ai principii necessariamente generici del Codice Civile per colmare eventuali vuoti all'interno del costruendo nuovo Codice di Commercio; ciò verrebbe ad alterare la sua unita-

---

(95) Ivi, p. 9.

(96) Ivi, p. 10.

(97) *Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale*, cit., p. 5.

rietà ed autonomia. In diretta polemica con un grosso contraddittore, Antonio Scialoja, che aveva scritto proprio su *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale* (98) ammettendo un largo ricorso al Codice Civile, Finzi, ponèndosi il problema di istituti in nessun modo regolati da leggi commerciali come i quasi/contratti e, in particolare, di una *negotiorum gestio* (di fatto, presente nella prassi commerciale), alla domanda se dovrà applicarsi il Codice Civile o se, al contrario, dovranno estendersi per analogia le norme del mandato commerciale, risponde così, rivelando la sua perenne attenzione alla pratica degli affari e la sua proiezione sul divenire socio-economico: « *de iure lato* può ritenersi fondata l'interpretazione difesa dallo Scialoja, ma *de iure condendo* pare al contrario opportuno consentire l'estensione analogica del diritto commerciale ». E ciò « tenendo conto delle esigenze della pratica e della sempre maggiore autonomia sistematica del diritto commerciale » (99).

Ecco la eloquente formula antagonista proposta da Finzi:

> In materia di commercio si applicano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili.
>
> Qualora manchi una disposizione precisa del diritto commerciale scritto o consuetudinario, si avrà riguardo alle disposizioni delle leggi commerciali che regolano casi simili o materie analoghe.
>
> Ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del diritto commerciale.
>
> In difetto si applicherà il diritto civile.

La formula finziana non è eloquente, è eloquentissima.

Il secondo punto riguarda l'esigenza di una più precisa definizione di *usi mercantili*: « oggi che la dottrina ha, con rara concordia, delineato il nostro istituto, differenziandolo sia dai così detti usi interpretativi o pratiche individuali, sia dalla vera consuetudine giuridica, una formulazione legislativa dei risultati della elaborazione dogmatica, rafforzata dalla pratica giudiziale, parrebbe in verità opportuna » (100).

---

(98) Ora in *Saggi di vario diritto*, Roma, Foro Italiano, 1927, vol. I, p. 320.

(99) *Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale*, cit., p. 7.

(100) Ivi, p. 18.

Sempre in rapporto agli usi, si respinge anche la norma nuova introdotta nel Progetto tendente a limitare la loro prova. E qui Finzi dà testimonianza di tutte le sue abilità di funambolista. Sappiamo che, nel 1928 anno di pubblicazione del saggio, Alfredo Rocco è Ministro Guardasigilli e personaggio omnipotente del Regime, e che in quell'anno scrive i suoi *Principii di diritto commerciale* ispirati a un formalismo pandettistico coniugato a un deciso legalismo statalista. E nei suoi "Principii" Rocco rintuzza il ruolo autonomo degli usi, affermando che nel diritto commerciale essi hanno rilievo unicamente perché l'articolo 1 del Codice li richiama. È evidente che una simile posizione scientifica non può essere condivisa dallo storicista Finzi, il quale, prese — formalmente e per pura opportunità — le distanze dal Vivante con cui pure si trovava in sostanziale sintonia culturale, effettuato un ossequio formale a Rocco, sostanzialmente aggira abilmente le conclusioni di quest'ultimo: « l'uso mercantile se non è, in sé, come ritenne il Vivante, una fonte di diritto immediata come la legge — perché, secondo l'insegnamento del Rocco, esso trova invece il fondamento ed i limiti della sua forza obbligatoria nel richiamo della legge — rispetto alla prova si presenta, però, in una posizione del tutto identica. È un fatto sociale, complesso, risultante da una quantità di fatti singoli individuali che può essere provato senza limitazione alcuna — come si provano le leggi — sia rispetto ai *mezzi* sia rispetto alle *fonti di prova* » (101).

Ecco un'altra eloquente formula proposta da Finzi:

> Gli usi mercantili hanno forza di legge solo quando sieno stati osservati in modo uniforme e durevole con la coscienza della loro obbligatorietà. La prova degli usi può essere desunta e offerta con ogni mezzo. Gli usi speciali o locali prevalgono agli usi generali.

Commento minimo: è eloquente la perfetta autonomizzazione della fonte 'uso mercantile', che la formula riesce a realizzare.

Il terzo punto, in cui affiorano gli antichi scrupoli del giovane Finzi conquistato dalle riflessioni vailatiane sulle "questioni di parole", attiene al linguaggio adoperato dalla Commissione, a quella formula *atti di commercio* per designare la *materia di commercio*, che egli invita ad abbandonare. L'esordio sembra uscito dalla sua penna

(101) Ivi, p. 19.

giovanile, e non a caso egli fa riferimento al saggio metodologico del 1914 pensato e redatto mentre meditava sulla costruzione scientifica del 'possesso dei diritti': « la nomenclatura non è che un corollario del sistema. Veder chiaro è il presupposto per esprimersi bene. La diversità di concetti impone la differenziazione dei termini ».

18. Sulla riforma legislativa delle società commerciali *(1929).*

Quando Finzi, nel 1932, scrive il discorso inaugurale *Verso un nuovo diritto del commercio*, mostra chiaramente di considerare fondamentali nel crinale storico degli anni Trenta il problema delle 'pluralità collegate di cose e di persone', nonché le soluzioni tecnico-giuridiche al problema. Io ho ritenuto di isolare quel discorso — e di esaminarlo dàndogli una precedenza su questi saggi societarii cronologicamente precedenti — in ragione della visione sintetica che quello offre, quasi una summula del pensiero commercialistico finziano. Sia, però, chiaro che il problema delle 'pluralità collegate di cose e di persone', latente o solo accennato anche nelle più risalenti pagine di Finzi, emerge già con assoluta nettezza nel contributo *Sulla riforma legislativa delle società commerciali*, che ora mi accingo a considerare e la cui redazione rimonta al 1929.

'Pluralità collegate di cose e persone'. Qualche giurista rigoroso può storcere la bocca di fronte a questa espressione, tipica del linguaggio del Nostro ma eccessivamente generica. Vuole essere generica, ponèndosi come un contenitore capace di racchiudere tutta la vasta gamma di combinazioni sociali ed economiche generate dalla prassi nella creatività della quotidiana vicenda dei mercati, delle quali le società commerciali costituiscono un modello ormai altamente tipizzato sia scientificamente che legislativamente.

Insistere, da parte di Finzi, sulla esigenza di studiare il fenomeno delle 'pluralità collegate di cose e di persone' ha il significato etico e culturale di richiamare l'attenzione — e invocare, soprattutto, il rispetto — del giurista moderno, costantemente distratto per ciò che esòrbita dalla sfera dei rapporti individuali, verso coagulazioni socio-economiche ormai frequenti negli anni Venti e che il Nostro vede sempre più dominanti nel futuro prossimo e remoto. Coagulazioni, la più gran parte delle quali è assolutamente atipica, perché non le crèano sapienti e legislatori, ma incarnano semplicemente

germinazioni provenienti dalla esperienza, che Finzi sente di dover *recuperare* alla luce dell'ordinamento positivo. E non per sfoggio, ma per necessità argomentativa, egli si richiama a quei suoi studii sulle nullità negoziali, dove l'imperativo sotteso ad ogni pagina è per il *recupero*, per evitare la dilapidazione di una reale ricchezza, sociale ed economica prima che giuridica (102), anche se affetta da vizii formali e pertanto relegabile da censori rigorosi nella mera fattualità.

Quel che preme a Finzi è una riforma innovativa e non il restauro di vecchie e anacronistiche figurazioni fondate su una eccessiva imitazione dello schema civilistico del contratto di società. Il che, secondo lui, si dovrebbe fare identificando nella società commerciale « quel sistema di rapporti che gravita intorno ad un fondo comune destinato all'esercizio del commercio, per modo che società esista sempre quando questo esiste, anche se, per avventura, non siasi costituito per contratto regolare, o, addirittura, manchi ogni traccia di negozio direttamente costitutivo » (103).

Si dovrà disciplinare la comunione dell'azienda come *comunione mercantile* e « sarà questo il regime delle così dette *società di fatto*, che assai spesso non sono società, non avendo origine contrattuale, e comunque non si richiamano in alcun modo alla volontà di costituire una qualunque delle società regolari, e che quindi a torto, finora, furono fuse e confuse con le società più propriamente *irregolari* ». In questo modo, « si darà un ordine legale a rapporti che lo esigono e che il diritto non ha ragione alcuna di respingere » (104).

L'analisi di Finzi prosegue calando nella strutturazione tecnico-giuridica da darsi a questa comunione, la quale « si presenterà come un 'ente collettivo' ma senza personalità assorbente, avrà cioè legittimazione processuale attiva e passiva, capacità di diritto e capacità di agire per mezzo dei singoli comunisti od amministratori da essi nominati; ma non costituirà propriamente un *terzo* ad essi contrapposto e da essi distinto; sarà la *forma giuridica esterna dei soggetti raccolti nel gruppo*, il loro nome collettivo » (105). Insomma, « l'unità è essenzialmente e soltanto strumentale e formale: copre,

(102) *Sulla riforma legislativa delle società commerciali*, cit., p. 4.
(103) Ivi, p. 4.
(104) Ivi, p. 6.
(105) Ivi, p. 7.

ma non assorbe e non annulla l'intima e reale pluralità degli associati » (106).

L'indole della presente Introduzione non ci consente di seguire Finzi mentre si addentra nel disegno del variegato associazionismo mercantile. Bàstino questi cenni per risvegliare l'interesse del lettore.

19. Società controllate *(1932).*

Il saggio presente, un'interpretazione dell'art.6 del R.D.L. 30 ottobre 1930, n. 1459 (che detta disposizioni penali in materia di società commerciali), testimonia la sana curiosità di Finzi per il divenire rapido degli assetti del maturo capitalismo novecentesco, assetti nuovi scaturiti dalla prassi mercantile, analizzati soprattutto dagli economisti ma meritevoli di attenzione anche da parte dei giuristi. E Finzi analizza minuziosamente il diverso significato della nozione di 'società controllata' in senso economico e in senso giuridico.

La preoccupazione di Finzi è sintetizzata in questa frase di chiusura: « la concentrazione industriale è una necessità economica; ma la igiene delle società non costituisce necessità minore » (107). Infatti, « le società dipendenti diventano, nelle concentrazioni industriali, economicamente *cose*; anzi, *parti di una cosa complessa* » (108), nelle quali lo scopo di guadagno non è visto in relazione alla sua propria entità, bensì in relazione alla società dominante, attuando « la subordinazione degli interessi apparenti delle società agli interessi sostanziali di chi le controlla » (109). È uno sviamento, spesso occulto, che rende patologica la vita del mercato.

20. Aspetti giuridici delle società cooperative *(1936).*

Finzi, che è così attento alle combinazioni intuite e, poi, coniate dalla prassi commerciale, non poteva non gettare uno sguar-

---

(106) Ivi, p. 8.
(107) *Società controllate*, cit., p. 11.
(108) Ivi, p. 11.
(109) *Ibidem*.

do parimente attento a quella combinazione singolarissima per scopo e per struttura che è la società cooperativa. E la sua prima domanda è « quali sono i caratteri differenziali, essenziali della cooperazione nell'ordine giuridico » (110)-

Ecco una prima risposta: « la cooperazione è anzitutto il segno di una esigenza di *gruppo*, che si risolve e si ricompone nei singoli che al gruppo appartengono; è una funzione, non di individui che tendono ad associarsi, ma di soggetti che già appartengono ad un gruppo, il quale sente i propri bisogni e persegue i propri fini » (111). Dunque, « dipendenza delle singole società cooperative dalle categorie cui sono destinate a servire » (112).

La cifra tecnico-giuridica potrebbe essere così delineata: « con la costituzione delle società cooperative una categoria di persone, che ha bisogni di determinati servigi che potrebbe e dovrebbe chiedere ad altri, si crea, per così dire, *un suo proprio contraente artificiale*, il quale è destinato a soddisfare direttamente i bisogni dei singoli associati. La società cooperativa, giuridicamente *terzo* rispetto ai nuovi socii, economicamente è *cosa comune* fra essi, destinata a servir loro direttamente, immediatamente con la propria attività » (113).

21. Riflessi privatistici della Costituzione *(1950).*

La Relazione al Convegno agraristico del 1935, se la si legge nel suo messaggio essenziale, è la voce (e, poi, la pagina) di un personaggio pensoso che registra fedelmente il suo tempo. Ma — si badi — non quell'anno 1935 e nemmeno quel ventennio sventurato per la povera Italia; rispecchia e registra, invece, un più largo tempo pos-moderno così come si era svolto dagli ultimi anni dell'Ottocento fino ad allora e che era destinato a proseguire portàndosi impressa la stessa cifra storica. In altre parole, quella Relazione, se la si sfronda dei varii omaggi formali al fascismo imperante (del resto, facilmente estraibili), ci si mostra in una proiezione temporale che risale a un

(110) *Aspetto giuridici delle società cooperative*, cit., n. 1.
(111) Ivi, n. 3.
(112) Ivi, n. 8.
(113) Ivi, n. 9.

momento pre-fascista e si rivolge a un futuro dai confini indeterminati. Lo stesso ordinamento corporativo, in cui la Relazione si situa e a cui fa capo, è còlto quale fase vistosa di un tempo lungo di transizione cominciato certamente non con il 1922 e con la marcia su Roma, e destinato a durare.

Tutto questo discorso — che vale qui per Finzi ma che si estende a non pochi giuristi italiani operanti negli anni Trenta (un esempio autorevole è quello di Mortati) — vuole puntualizzare (e anche motivare) la circostanza apparentemente singolare della continuità nella utilizzazione degli stessi strumenti teorici e approcci interpretativi anche dopo il 1945. Né si tratta dell'astrazione dalla storia dei soliti impassibili giuristi, quasi che dittatura e democrazia parlamentare avessero per loro una pari valenza; si tratta, invece, che quegli strumenti e quegli approcci, anche se accomodati per un certo tempo all'interno del Regime, esprimevano qualcosa di sopraelevato rispetto alle miserie italiane del ventennio.

Tutto questo discorso serve egregiamente a introdurre qualche considerazione sul saggio finziano del 1950 *Riflessi privatistici della Costituzione*, saggio che è il primo rilevante contributo scientifico di Finzi dopo quello del 1935 (114). I quattordici anni che li separano avevano costituito per l'israelita mantovano una sorta di vuoto

---

(114) Ho ritenuto di non inserire in questa raccolta il breve articolo che Finzi pubblica nel giornale quotidiano fiorentino "La Nazione del Popolo", organo del 'Comitato toscano di liberazione nazionale', il 25 gennaio 1945, dedicato a "Il problema dei Codici fascisti" (védilo ristampato in appendice al saggio di P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile - Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), I, pp. 283-285). Ridotti all'osso, i motivi del non inserimento sono quattro: si tratta di una collaborazione giornalistica a un quotidiano organo del CTLN; si tratta di un articolo scritto nei primi giorni del '45, ossia quando si stava appena uscendo da una immane tragedia e quando Finzi aveva ancora sulla pelle le ferite brucianti della persecuzione razziale e dell'esilio dalla cattedra, ed era perciò assai facile cedere a impulsi polemici; si tratta di un articolo che suona stonato con l'atteggiamento tenuto durante il ventennio di regime dal giurista Finzi, che non era fascista ma che era stato sensibilissimo a quegli aspetti del corporativismo che gli parevano esprimere oggettive esigenze della società italiana novecentesca; si tratta di un articolo che appare smentito, nelle sue drastiche proposte abolitive, dal penultimo saggio della nostra raccolta, dove si parla del Codice Civile del 1942 con alcune critiche e con parecchi elogii, coglièndovi anche le tracce delle proposte finziane di rinnovamento in tema di proprietà e diritti reali.

pneumatico: nel '38 le leggi antiebraiche e l'esilio dalla cattedra, poi le rovine della guerra e del dopoguerra. Il saggio si inserisce in uno dei primi Commentarii alla Costituzione italiana, edito dal fiorentinissimo editore Barbera, promosso e coordinato da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, e che vuole manifestamente essere il frutto della riflessione collettiva d'una intiera Facoltà di Giurisprudenza, quella fiorentina (115), dove Finzi insegna da sempre ma nella quale è Ordinario solo dal 1946, dove — appena rientrato nella veste di cattedratico — ha avuto nel 1947 il gratificante tributo di stima della elezione a Preside (carica che manterrà sino al 1956).

Per comprendere la rilevanza del saggio nella biografia culturale di Finzi ma anche nella storia della civilistica italiana di quegli anni, occorre non dimenticare la sua data di pubblicazione: 1950. La Costituzione è appena neo-nata, portatrice di un brevissimo frammento di vita; ed è per i civilisti italiani una sorta di oggetto misterioso, di cui il sano giurista codicista fa bene a diffidare: documento nobile della Assemblea Costituente, contenente principii ispirati ad una elevata etica sociale, non sembrava però appartenere al mondo del diritto. Quei principii si risolvevano in dichiarazioni programmatiche, su cui facevano bene a disquisire filosofi politologi sociologi e anche economisti, ma che non dovevano interessare i giuristi: infatti, non era un testo normativo né tanto meno un breviario scientifico.

Secondo quel maledetto positivista che era il cultore italiano del diritto civile, avvezzo ad acchiappare le nuvole della purezza ma soltanto quelle gravitanti al di sopra dei rigidi confini del Codice, la Costituzione era meglio ignorarla, continuando a maneggiare gli articoli del Codice e consentèndosi unicamente delle architetture svolazzanti costruite sulle saldezze di 2969 decantatissimi articoli.

Quanto si è ora — polemicamente — precisato riguarda la grande maggioranza della falange civilistica. Alla quale, però, non appartiene Finzi. Il civilista neoterico, allievo di Venezian, così percorso da venature ereticali e così compiaciuto di esserlo, si trova a suo agio con il grande frutto della Assemblea Costituente. Colui

(115) Sono, infatti, collaboratori, accanto a Calamandrei, Levi e Finzi, Paolo Barile, Franco Carresi, Ugo Coli, Pietro Agostino D'Avack, Raul Alberto Frosali, Giuliano Mazzoni, Giovanni Miele, Alberto Predieri.

che aveva chiesto al civilista di scendere dal suo seggio e di imbrattarsi le mani con il fango delle cose, che aveva voluto le cose protagoniste — accanto al soggetto — dell'ordine giuridico; colui che aveva reclamato la complessità del diritto speculare alla complessità della società e aveva gridato contro l'aridità del riduzionismo giuridico moderno, non poteva che avvertire una profonda consonanza verso il riuscito tentativo di leggere la società italiana del 1948, percepirne i valori diffusi e condivisi, tradurli in un compiuto breviario giuridico per il cittadino italiano.

Lo storicista Finzi coglieva, in questa emersione della società a livello del diritto, non il semplice lavoro di una Assemblea anche se benemerito, e nemmeno dei partiti politici in essa rappresentati, ma piuttosto il segno di un tempo storico, che, ora, anni 1946/48, grazie a felici circostanze politiche dopo le tragedie della dittatura e della guerra, aveva la possibilità di manifestarsi senza costrizione alcuna, in tutta la sua schiettezza.

Per lo storicista Finzi la Costituzione dava voce alla complessità della società, che uno statalismo rigido — sia quello liberal-borghese, sia quello ancor più soffocante della dittatura fascista — aveva per troppo tempo coartato. Per il propugnatore della fattualità del diritto quel che più conta è che la Costituzione immetteva valori e fatti all'interno di una norma, la quale non era soltanto norma squisitamente giuridica ma addirittura norma giuridica suprema.

Guardando ai Codici, il suo è un atteggiamento ben distante dai numerosi civilisti, che mantenevano il proprio occhiale messo a fuoco unicamente su di essi (e su alcune leggi speciali). I Codici andavano riletti e reinterpretati alla luce dei valori giuridici, dei principii, delle regole fissati nella carta costituzionale: perché il diritto ha continuato a vivere e non può che registrare le grandi trasformazioni della società italiana e dello Stato italiano di cui la Costituzione è specchio fedele.

La codificazione non può e non deve separare il diritto da quel divenire socio-economico che è la sua linfa nascosta, e, se la norma codificata non corrisponde alla tavola di valori giuridici segnata nella carta costituzionale, si imporrà un'ineludibile opera di adeguamento affidata alla interpretazione/ intermediazione di scienziati e giudici. E lo storicista Finzi non èsita a precisare: « volontà statuale non è quella iniziale, ma quella attuale; non è quella che ha determinato la

nascita della norma, ma quella che ne consente la conservazione, quella cioè che è viva, oggi, ed emerge dai principi e dai programmi che la costituzione pone a fondamento della nuova repubblica » (116).

In altre parole, il gius-privatista non può appagarsi del paesaggio giuridico offèrtogli da un Codice, anche se ha appena un decennio di vita. Certamente, quel Codice reca nelle sue trame i segni del tempo novecentesco (e Finzi si compiace di trovarvi tracce precise delle sue innovative proposte in tema di proprietà fatte nel 1922 e nel 1935), ma è sopravanzato dalle radicali trasformazioni del rinnovamento morale sociale politico dell'immediato dopoguerra. Egli non ha dubbii: « si delinea l'opportunità di una generale revisione dei dogmi del diritto privato in funzione del nuovo indirizzo sociale. Sarà compito del giurista di domani [...] quello di costruire scientificamente i nuovi istituti, dopo averne attentamente studiata la storia. E potrà e dovrà il giurista di domani considerare inoltre se e quali strumenti giuridici nuovi o rinnovati possano offrirsi alla vita sociale per adeguare sempre più l'ordinamento giuridico alle esigenze della società espresse dalla nuova costituzione » (117).

Il compiacimento di Finzi è di verificare quanto lui stesso abbia visto giusto nelle sue analisi del diritto patrimoniale italiano tra le due guerre mondiali e quanto quelle analisi siano state preveggenti: il modello proprietario disegnato nella Costituzione è, infatti, « non più diritto soggettivo tipico, palladio di libertà assoluta rispetto ai beni, ma piuttosto *officium*, cioè, come si dice, *funzione sociale* » (118). Col che è facile al Nostro di ripetere suoi preziosi ammaestramenti di tanti anni prima: poteri del proprietario come sostanzialmente discrezionali, con la possibilità di utilizzare anche in campo privatistico le nozioni di eccesso e sviamento di potere in forza della immedesimazione del vecchio diritto soggettivo nella figura di *officium* intimamente venata di pesanti situazioni di dovere giuridico.

---

(116) *Riflessi privatistici della Costituzione*, cit., p. 35.
(117) Ivi, p. 45.
(118) Ivi, p. 44.

22. La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio) *(1952).*

Se qualcuno si arrestasse alla lettura della intitolazione di questo breve saggio finziano — *La Rivista di diritto agrario (celebrandone il trentennio)* —, potrebbe seriamente dubitare della opportunità di averlo inserito nella raccolta a causa del suo palese carattere di scritto di occasione; non v'ha infatti dubbio che Finzi cede all'invito del suo collega agrarista fiorentino Giangastone Bolla, fondatore e direttore della fiorentina 'Rivista di diritto agrario', a celebrarne il trentennio di vita.

L'occasione serve, però, al Nostro per ri-affermare e anche ri-motivare le sue vecchie predilezioni per certe branche del diritto che la specialità della materia da esse disciplinata colora di una non artificiosa autonomia. E riaffiora il civilista spregiudicato, che tralascia di guardare alle linee purissime di un diritto generale — bloccato nella as-trattezza delle sue linee — per immergersi volentieri in zone specifiche dell'ordinamento giuridico connotate da una greve fattualità di indole economica e sociale. E riaffiora un'estrema cautela verso l'atteggiamento della scienza giuridica di *civil law,* che conduce alla probabile separazione tra forme giuridiche ed esperienza quotidiana: « seppure, infatti, la norma voglia disciplinare i rapporti della vita quali sono, il giurista istintivamente tende, invece, a ricondurre i rapporti reali entro gli schemi ideali da esso predisposti, forzando i primi e deformandoli, fino a che non abbiano assunto forma e sostanza conforme a questi » (119).

Il rischio che si corre è non solo una forzosa astrazione ma anche un appiattimento e una riduzione delle oggettive diversità in cui necessariamente si sfaccetta la complessità dell'ordinamento; insomma, il rischio è di non corrispondere a un'esigenza di 'specialità' che viene direttamente dalle cose e non già da invenzioni di legislatori o di sapienti. Per esempio, per quanto attiene al cosiddetto 'diritto agrario', « è indagando sulla congerie di rapporti giuridici che interferiscono con l'attività agricola, che potranno scoprirsi eventuali nuovi *tipi* di rapporti giuridici, o sottospecie di rapporti già noti e disciplinati, i quali, però, per costanti loro qualità,

(119) *La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio)*, cit., p. 115.

o modificazioni, assumono aspetti anche essi tipici e di particolare rilievo » (120).

L'attenzione alle specialità non ha il significato di una rottura della unità dell'ordinamento in monconi irragionevoli, bensì della ragionevolissima possibilità di recuperare quegli spessori, quelle varietà, che pur costituiscono la ricchezza dell'ordinamento nella molteplicità delle sue trame. E Finzi, efficacemente, parla qui « di questa specie di 'stereoscopia giuridica', che consente di rivelare insieme la forma e il volume dei nostri istituti » (121).

La liturgia celebrativa offre, così, il destro a Finzi di rinnovare la sua analisi *stereoscopica* sul tessuto della proprietà privata individuale, che conduce a individuarne almeno due, una proprietà *personale*, una *proprietà/libertà*, che non può che distinguersi da una proprietà *economica*, *proprietà produttiva,* « che deve tener conto delle esigenze sociali, e proporzionarsi in ragione di una equa distribuzione dei beni materiali e di una efficiente produttività nell'interesse sociale » (122).

Citille in Chianti, il Diotto (8 settembre) del 2012

(120) Ivi, p. 115.
(121) Ivi, p. 116.
(122) Ivi, p. 118.

GIACOMO PACE GRAVINA

ASCESA E CADUTA DEL DOMINIO DIRETTO. UNA LETTURA DELL'ENFITEUSI NELLA CODIFICAZIONE ITALIANA

> L'ultimo stato delle enfiteusi non è punto più semplice e più facile a definirsi che i precedenti, anzi sto per dirlo più arduo e scabro come quello che porta sul capo tutto il peso della sua storia confusa, e si trova a cimento con tutte le opinioni successivamente svoltesi nel foro; sicché trovandomi alle mani la materia forse più difficile della giurisprudenza dovrai, lettore cortese, darmi buon conto della intenzione ove non risponda l'effetto.
>
> Luigi Borsari, *Il contratto d'enfiteusi*, Ferrara, 1850, p. 42.

1. Periferie della codificazione. — 2. « E poi vennero i francesi a scompigliare il mondo ». — 3. « In Sicilia per poco non è data la stessa aria in enfiteusi ». — 4. Nei labirinti della codificazione. — 5. « L'avvenire è sulle ginocchia di Giove ». — 6. Una nuova vita. — 7. Discontinuità e persistenze.

1. *Periferie della codificazione.*

La presenza dell'enfiteusi nel codice civile del 1942 costituisce tuttora un problema controverso. Si tratta infatti di un istituto di incerta collocazione, memoria di sistemi di possesso dei suoli ritenuti arcaici, che ha ricevuto scarsa applicazione.

La manualistica ne tratta di sfuggita; i civilisti ne scrivono a malincuore, trattandosi di una disciplina marginale, dimenticata dai giuristi pratici. Ci si limita a distinguere una enfiteusi-contratto stipulata tra privati, di matrice romanistica — forma favorevole ai concedenti, che prevede la possibilità di tornare nel pieno possesso

dei fondi tramite la devoluzione (naturalmente una volta operati i miglioramenti) —, da una enfiteusi-istituto, dove il concedente è di regola un ente pubblico, laico o ecclesiastico, volta invece a favorire l'acquisto della terra da parte dei contadini grazie all'affrancazione, tipica dell'alto medioevo e riapparsa nelle vicende più recenti (1). Una simmetria 'neoclassica' che non spiega più i reali interessi sottostanti alle scelte legislative.

Recenti studi hanno guardato all'enfiteusi sotto una luce nuova, sulla scia di un noto contributo di Salvatore Pugliatti ove il civilista messinese la configurava come una proprietà *minus plena*, attenuata, sostanzialmente una proprietà-lavoro; all'interno di una dinamica che la avvicinava ai contratti agrari, modello che si era affermato già a partire dai primi anni del Novecento (2).

Una innovativa visuale è stata proposta da Paolo Grossi: il paradigma proprietario borghese è stato solo uno dei modelli di possesso dei suoli che ha inesorabilmente scalzato (o tentato di farlo) altre forme di dominio, specie collettivo (3); i suoi studi sul dominio utile e su Vincenzo Simoncelli hanno evidenziato come anche l'enfiteusi sia extravagante rispetto al tipo della proprietà assoluta, affermando l'esistenza di un forte diritto legato al lavoro e ai

---

(1) Su tale distinzione P. VITUCCI, voce *Enfiteusi*, in *Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. VII, Torino 1991, p. 463; F. MARINELLI, *Un'altra proprietà: l'enfiteusi*, in « Rassegna di Diritto civile » diretta da Pietro Perlingieri, III, 2007, p. 638. Un esempio risalente è costituito dalla lucida distinzione di Girolamo Poggi: « sia che si consideri (l'enfiteusi/livello) come semplice contratto nelle relazioni private individuali, che stabilisce fra i cittadini, sia che si consideri nelle sue più estese relazioni sociali, e collegate come un'usanza generale, e causa un'istituzione nazionale invalsa presso un popolo agricoltore per il miglioramento del territorio in cui vive » (G. POGGI, *Saggio di un trattato teorico-pratico sul sistema livellare*, Firenze, tip. Bonducciana, 1829-1832, p. 1. Il brano è stato evidenziato da P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 28. La bibliografia sull'enfiteusi è davvero sterminata: in questo saggio, per limiti di spazio, le citazioni bibliografiche e l'apparato di note sono ridotti all'essenziale.

(2) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà, con riguardo particolare alla proprietà terriera*, in *Atti del terzo Congresso nazionale di Diritto agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, a cura di S. Orlando Cascio, Milano, Giuffrè, 1954, p. 46 e ss. (specie p. 141 e ss.).

(3) P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere': l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977; ID., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in « Quaderni fiorentini », 5-6 (1976-77), *Itinerari moderni della proprietà*, tomo I, p. 201 e ss.

miglioramenti, rispetto a quello di un titolare di un diritto 'vuoto' (4).

Queste fertili strade sono state recentemente esplorate anche da una civilistica attenta al dato dell'effettività: penso al contributo di Paolo Vitucci, che ha ripercorso con uno sguardo volto ai fenomeni socio-politici le vicende dell'istituto nel secondo Novecento, giungendo ad affermare « che non esiste più l'enfiteusi, ma le enfiteusi » (5); o al saggio di Fabrizio Marinelli, che ha proposto di riconoscervi un modello proprietario particolare, « un'altra proprietà » (6).

Tra i compiti dello storico del diritto vi è quello di tentare di svelare il mondo sommerso che ha generato alcuni istituti, gli interessi sottesi alle scelte effettuate da legislatori e interpreti, fortemente radicati in quelle 'periferie della codificazione' lontane dai riflettori concentrati sugli istituti più 'aulici', ove la vita del diritto segue scelte non sempre lineari, talvolta legate a mentalità e schemi sociali premoderni. È questo il contesto in cui inquadrare l'enfiteusi, che si ripresenta ancora rapsodicamente sul palcoscenico del diritto, particolarmente in una terra dalle forti criticità come il Meridione d'Italia.

Paolo Grossi ha affermato che « la storia dell'enfiteusi è un'astrazione, come astrazione è parlare troppo semplicisticamente di enfiteusi in relazione a varii periodi storici. In realtà, esiste accanto alla enfiteusi romana quella medievale, e accanto a questa un'enfiteusi moderna, tutte con caratteristiche tanto salienti da farne tre

---

(4) P. Grossi, Locatio ad longum tempus. *Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963, p. 237 e ss.; Id., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, Milano, 1968, p. 183 e ss.; Id., *'Gradus in dominio' (Zasius e la teorica del dominio diviso)*, in « Quaderni fiorentini », 14 (1985), specie p. 389 e ss.; Id., *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 - Polacco* versus *Simoncelli)*, in « Rivista di Diritto civile », XXXV (1989), ora in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 33 e ss.; Id., *La categoria del dominio utile e gli* homines novi *del quadrivio cinquecentesco*, in Id., *Il dominio e le cose: percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 247 e ss.; Id., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in Id., *Il dominio e le cose*, cit., p. 603 e ss.

(5) Vitucci, voce *Enfiteusi*, cit., pp. 462-468.

(6) Marinelli, *Un'altra proprietà*, cit., p. 634 e ss.

strutture non soltanto marginalmente diverse » (7). La mia intenzione è di mettere a fuoco il ruolo effettivo dell'enfiteusi nell'Italia che ha vissuto il fenomeno della codificazione del diritto, tra Ottocento e Novecento, seguendo una storia fatta di terra e di uomini.

2. *« E poi vennero i francesi a scompigliare il mondo ».*

La rivoluzione francese non fu tenera con il contratto di *bail à rente* (8), nel quale i giacobini ravvisarono pericolose sopravvivenze dell'odiato regime feudale. Nel 1790 venne promulgata la legge sul riscatto delle rendite perpetue, che affermava la redimibilità di quelle fondiarie, permettendo così di consolidare il dominio in capo ad un soggetto unico. Per tali motivi il *Code civil* del 1804 non comprese il contratto di *bail à rente*, senza tuttavia vietarlo espressamente: l'art. 530 sancì la redimibilità delle rendite perpetue, come era già avvenuto con la legge del 1790.

L'enfiteusi venne invece contemplata nell'ABGB, nei paragrafi 1122 e seguenti, insieme alla locazione ereditaria e all'usufrutto, visti come istituti che frammentano la proprietà. La disciplina procede contestuale per le tre figure; è quindi assente una regolamentazione autonoma dell'enfiteusi. Ne viene riconosciuto il carattere distintivo dalla locazione ereditaria solo nella quantità del canone, che deve consistere in una « contribuzione tenue soltanto in ricognizione della proprietà diretta » (§ 1123): in mancanza di proporzione tra canone e annuo prodotto netto, « si ritiene che la proprietà utile sia enfiteusi », se al contrario si ravvisa tale proporzione, siamo in presenza di locazione ereditaria (9). La mancanza di specificità era comprensibile con la vocazione universale del codice austriaco, che

---

(7) GROSSI, Locatio ad longum tempus, cit., p. 247.

(8) Sul quale cfr. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de constitution de rente; Traité du bail à rente*, nouvelle edition... mise en rapport avec le Code civil par m. Hutteau, Paris, 1806.

(9) F. v. ZEILLER, *Commentario sul Codice civile universale per tutti gli Stati ereditari tedeschi della Monarchia austriaca*, prima versione italiana dal tedesco compilata per cura dell'avv. Giuseppe Carozzi, Milano, Giuseppe Destefanis, 1815-16; vol. V, p. 62. Sulle sorti dell'ABGB in Italia cfr. M.R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, Giuffrè, 2006. Riguardo alle norme sull'enfiteusi cfr. anche V. SIMONCELLI, *Della enfiteusi*: ho qui utilizzato la 2ª ed., postuma, riveduta da

cercava anche di riunire in una matrice unitaria sistemi di concessioni in effetti diverse tra loro: laiche ed ecclesiastiche, e soprattutto legate a differenti ordinamenti. A proposito delle modalità di riscossione del laudemio (prestazione dovuta dall'enfiteuta al concedente, generalmente ad ogni trasferimento del dominio utile), ad esempio, il § 1142 disponeva di regolarsi secondo le « costituzioni di ciascuna provincia, i pubblici libri, e i documenti, o il tranquillo possesso di trent'anni »; mentre il § 1146 recitava: « i regolamenti politici, e le costituzioni di ciascuna provincia stabiliscono gli altri rapporti tra il proprietario utile e il diretto, ed in ispecie i diritti e gli obblighi sussistenti tra i proprietari di fondi e i loro sudditi ». Naturalmente locazione ereditaria ed enfiteusi erano asimmetriche, sussistendo tra signori laici ed ecclesiastici e coltivatori o piccoli possessori: l'indicazione di questi ultimi come 'sudditi' ci riporta proprio a quel sapore feudale di tali rapporti che aveva provocato la loro condanna senza appello durante la preparazione del *Code Napoléon* (10).

Veniamo adesso alle vicende più propriamente italiane. Come ricordava con disappunto Luigi Borsari, « poi vennero i francesi a scompigliare il mondo ». L'occupazione coincise con l'estensione della legislazione rivoluzionaria: nelle terre d'Italia quasi ovunque venne abolita la feudalità ed estesa la normativa del *Code*. Riguardo alle enfiteusi si stabilì la possibilità della loro affrancazione, i fondi vennero sovente equiparati a quelli allodiali, furono abolite le enfiteusi pazionate (cioè quelle che prevedevano la successione del diritto all'interno della stessa famiglia), tranne in Toscana, ove vennero mantenute dalla giurisprudenza (11).

Con la restaurazione tali vicende presero un indirizzo diverso.

Biagio Brugi e pubblicata tra i volumi de *Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli-Torino, Marghieri-Utet, 1922, p. 339 e ss.

(10) Non a caso Zeiller affermava che « il nostro diritto civile non poteva in generale stabilire che poche cose sul rapporto di diritto derivante da un contratto di locazione ereditaria, o di enfiteusi [...]. Imperciocché le conduzioni ereditarie si concedono sotto condizioni differenti assai, ed i fondi enfiteutici non si possiedono in generale che da' sudditi del fondo, ne' quali il rapporto di diritto derivante dal contratto enfiteutico (puro) si combina col rapporto derivante dal vincolo della sudditanza »: *Commentario sul Codice civile universale*, cit., vol. V, p. 90.

(11) Una rassegna di tali vicende in L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in *Trattato di Diritto civile italiano*, dir. F. Vassalli, vol. IV, t. IV, Torino, Utet, 1950, p. 110 e ss.

Dopo l'estensione del codice austriaco al Lombardo-Veneto toccò al legislatore delle Due Sicilie inserire l'enfiteusi nelle *Leggi civili* del 1819 (ma di questo parleremo più diffusamente in seguito). Il codice parmense del 1820 ne trattò, anche in ossequio all'inclusione dell'istituto nell'ABGB, con norme che ebbero un *iter* travagliato: venne compresa nel progetto della commissione legislativa del 1815, poi la commissione milanese propose modifiche tendenti ad allinearla alla disciplina austriaca. Durante il passaggio successivo alla commissione di revisione ne venne proposta l'abolizione, per « il poco uso in cui era... questo contratto negli ultimi tempi, in cui sono state in vigore le romane leggi », infine le ultime due commissioni non tennero conto né delle osservazioni milanesi, né della proposta di eliminazione, ritornando alla formulazione del primo progetto. L'art. 415 del codice parmense definisce l'enfiteusi come « il diritto di godere un fondo stabile coll'obbligo di migliorarlo, e corrispondere con certa prestazione in denaro o derrate a ricompensa de' frutti, ed in ricognizione di quella parte di dominio, che si ritiene dal concedente », indicando questo come 'padrone diretto', il concessionario come enfiteuta, e stabilendo che il primo ha il dominio diretto, il secondo l'utile (12). Il più tardo Codice estense tratteggiò una disciplina dell'istituto largamente tributaria delle *Leggi civili* napoletane, tranne per quanto riguardava l'affermazione del principio della redimibilità del canone e la nullità di convenzioni contrarie. Il Codice albertino invece non contemplò l'enfiteusi, seguendo il modello francese, ammettendo all'art. 1740 solo una locazione sino a 100 anni riguardante terreni incolti da migliorare. In seguito una legge del 1857 permise l'affrancazione delle enfiteusi esistenti.

Altri stati preunitari si mantenevano lontani dal codice. Tra questi lo Stato Pontificio, ove la riflessione sull'enfiteusi era particolarmente avanzata: qui esisteva una larga diffusione dell'istituto

(12) Cfr. F. ERCOLE, *I contratti agrari nel codice civile parmense (mezzadria, soccida, enfiteusi)*, in « Rivista di diritto civile, VI (1914), p. 516 e ss.; SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, cit., p. 706 e ss. Come ricorda Paolo Grossi, il codice fu frutto di una « lotta [...] fra tendenze filofrancesi e tendenze filoaustriache, fra l'ossequio al codice napoleonico e l'esigenza di sostituire all'archetipo parigino quello viennese », lotta che si rispecchia nel generale « ibridismo » della legislazione parmense e anche nella normativa sui diritti reali: GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 220. Sul codice cfr. anche G. DI RENZO VILLATA, *La codificazione civile parmense*, Milano, Giuffrè, 1979.

con le enfiteusi ferraresi. Non a caso proprio un professore di Ferrara scrisse uno dei più noti trattati sul tema: Luigi Borsari. Si tratta di un'opera basata su una rassicurante base romanistica ma con un forte innesto di diritto medievale, ispirata alle riflessioni di Rosmini in tema di proprietà, ove naturalmente riscontriamo una attenzione specifica alle enfiteusi ecclesiastiche, e particolarmente al caso di Ferrara, notevole per la sua importanza economica: terre sottratte alle paludi, da coltivare e migliorare (13). Nel Granducato di Toscana vigeva invece un particolare sistema, quello dei livelli, comunemente riconosciuto come in tutto simile all'enfiteusi. L'istituto, molto diffuso — come affermava Vincenzo Salvagnoli, « qual de' toscani non ha un livello? » (14) — aveva conosciuto grande attenzione da parte dei legislatori, specie con Pietro Leopoldo, e approfondita riflessione scientifica: dovuta soprattutto alla penna di Girolamo Poggi, con il suo *Saggio di un trattato teorico-pratico sul sistema livellare secondo la legislazione e la giurisprudenza toscana* (15). Nel Granducato, come è noto, non si giunse alla codificazione civile: nel progetto di codice del Matteucci ampio spazio era dedicato al tema, affermando l'importanza dell'istituto per l'economia toscana e le sue peculiarità rispetto all'« antica enfiteusi romana » e alla « moderna enfiteusi francese » (16). Alla vigilia dell'unità d'Italia il governo provvisorio, con decreto del 15 marzo 1860,

---

(13) L. Borsari, *Il contratto d'enfiteusi*, Ferrara, Abram Servadio, 1850. Sul giurista ferrarese Grossi, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 271 e ss.; G. Cazzetta, *La Facoltà di Giurisprudenza nella libera Università di Ferrara (1860-1942)*, in « Annali di Storia delle Università italiane », VIII (2004).

(14) V. Salvagnoli, *Elogio di Girolamo Poggi detto da Vincenzo Salvagnoli nell'adunanza solenne dell'I. e R. Accademia dei Georgofili di Firenze il dì 31 dicembre 1837*, Firenze, Galileiana, 1838.

(15) Su Girolamo Poggi v. Salvagnoli, *Elogio di Girolamo Poggi*, cit.; Grossi, *Stile fiorentino*, cit., p. 21 e ss.; F. Colao, *Avvocati del risorgimento nella Toscana della restaurazione*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 77 e ss.; E. Spagnesi, *Girolamo Poggi e il modello ideale d'un trattato di giurisprudenza*, in *Sapere accademico e pratica legale fra antico regime ed unificazione nazionale*, Genova, Accademia Ligure di Scienze e Lettere, 2009, p. 183 e ss.; L. Lacchè, *Il* canone eclettico*. Alla ricerca di uno* strato profondo *della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in « Quaderni Fiorentini », 39 (2010), p. 204 nt. 145.

(16) F. Colao, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della restaurazione*, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 94-95.

dichiarò affrancabili tutti i beni appartenenti alle manimorte, comprendendovi anche quelli concessi ad enfiteusi.

3. *« In Sicilia per poco non è data la stessa aria in enfiteusi ».*

Mentre si profilava il tramonto di questi sistemi, importanti novità si stavano invece apprestando nel regno meridionale, innescando dinamiche socio-economiche che avrebbero fatto sentire i loro effetti molto a lungo. Nel sistema delle *Leggi civili* del 1819 infatti si sperimentava sull'enfiteusi un'esperienza peculiare che la configurava come istituto civilistico complesso ed articolato. In mancanza del modello normativo del *Code* (17) il progetto in materia dovette per forza di cose essere autonomo, e prese le mosse da una relazione preliminare della Commissione reale del 1815 (18).

La disciplina prevedeva a carico dell'enfiteuta l'obbligo dei miglioramenti e del pagamento del canone annuo, nonché la forma scritta *ad probationem* per la stipula del contratto; stabiliva il diritto di prelazione dell'enfiteuta nel caso di vendita del dominio diretto da parte del concedente; disegnava le ipotesi di devoluzione. In tali casi, innovando rispetto alla disciplina tradizionale, si stabilì che l'enfiteuta dovesse essere compensato dal domino diretto per le migliorie apportate: se la devoluzione era avvenuta per motivi a lui imputabili, poteva chiedere la somma minore tra quella spesa per le migliorie e l'aumento di valore del fondo; nel caso di scadenza del contratto, invece, l'enfiteuta poteva richiedere le spese sostenute oltre alla « metà del valore dei miglioramenti » (19). Al progetto vennero

(17) Cfr. le considerazioni di F. Duscio, V. Vecchio, *Della enfiteusi, o comentario del titolo 9° nel libro 3° delle Leggi civili per lo Regno delle Due Sicilie*, Catania, Pietro Giuntini, I, 1845, p. XXX. Cfr. anche G. Arcieri, *Trattato dell'enfiteusi*, in *Digesto del diritto civile novissimo*, vol. VIII, parte II, Napoli, Perrotti, 1851-1857, p. 14: « la legislazione francese non accolse la enfiteusi. È utile rammemorarsi la discussione su questo punto di non previdenza pe' nostri nazionali costumi, poiché ciò ci farà rilevare il perché questo contratto abbiasi dovuto ripristinare, e ricollocarsi nel corpo delle patrie leggi ».

(18) F. Masciari, *La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle Leggi civili borboniche (1815-1850)*, Napoli, ESI, 2006, p. 184; cfr. anche Simoncelli, *Della enfiteusi*, cit., p. 373.

(19) Masciari, *La codificazione civile napoletana*, cit., p. 185 e ss.

apportati pochi mutamenti, riguardanti appena tre articoli: quello relativo all'invenzione di tesoro, non più attribuito per intero all'enfiteuta ma diviso a metà tra questi e il 'padrone diretto' (forse tanta attenzione per tale aspetto è dovuta all'avvio dei primi scavi archeologici, come quelli di Pompei ed Ercolano); si stabilì il divieto di affrancazione del canone in mancanza di esplicita pattuizione in tal senso; venne permesso al concedente, in caso di devoluzione, di pagare le migliorie apportate dall'enfiteuta in contanti o mediante la costituzione di una rendita (20). Si giunse così alla promulgazione degli artt. 1678 e ss. delle *Leggi Civili*, contenuti nel libro III al tit. IX. Questa la definizione data all'art. 1678: « L'enfiteusi è un contratto in virtù del quale si concede un fondo coll'obbligo di migliorarlo, e di pagare in ogni anno una determinata prestazione che si dice canone, o in danaro o in derrate, in ricognizione del dominio del concedente ».

A somiglianza degli altri istituti effettivamente ereditati dal *Code Napoléon*, anche l'enfiteusi conobbe la riflessione di numerosi giuristi; senza la guida dell'*École de l'exégèse* i commentatori meridionali svilupparono una produzione scientifica lungo binari autonomi. Si iniziò con la traduzione del trattato di Pothier sul *bail à rente* gabellato nella edizione napoletana del 1821 come *Trattato sul contratto di enfiteusi*, costruendo così una base autorevole alla disciplina dell'istituto (21). Nel 1824 comparve la prima opera sull'enfiteusi nelle *Leggi civili*, ad opera di Pasquale Liberatore. Questi, pubblicando la sua traduzione del *Corso di diritto civile* di Delvincourt, credette bene di corredarla in appendice con tale trattato, in maniera da offrire ai giuristi meridionali un 'prodotto' completo (22). Se l'importanza dell'enfiteusi per la parte continentale del regno era rilevante, per quella insulare era addirittura strategica. Ciò spiega la particolare attenzione che soprattutto i giuristi siciliani

(20) Ivi, pp. 188-189.

(21) *Trattato del contratto di enfiteusi* del sig. Pothier, reso conforme al codice civile dal sig. Hutteau..., Napoli, Seguin, 1821.

(22) P. Liberatore, *Trattato dell'enfiteusi*, in *Corso di diritto civile del sig. Delvincourt... novellamente tradotto dall'ultima edizione francese, ed accompagnato dalla nuova giurisprudenza civile del regno delle Due Sicilie*, vol. X, Napoli, Saverio Giordano, 1824.

le hanno tributato, testimoniata dai trattati di Salvatore Jannelli, Zaccaria Dominici, Francesco Duscio, Nicolò Uzzo (23), costruiti sul modello francese, veri e propri commentari al titolo IX del Libro III delle *Leggi civili*. Gli esegeti del Sud riescono ugualmente ad utilizzare le opere di Duranton, Troplong, Toullier, Dalloz, Grenier, Merlin o le decisioni della *Cour de Cassation*, sistematizzando la disciplina dell'enfiteusi all'interno dell'ordito codicistico dedicato al contratto, o a contratti 'tipici' assimilabili, come la vendita o la costituzione di usufrutto.

L'enfiteusi viene ricostruita come un contratto sinallagmatico a titolo oneroso (24), che « partecipa » perfino delle caratteristiche dei contratti aleatori, « potendo per avvenimenti incerti verificarsi del guadagno o della perdita » (25). Si può costituire su beni immobili, urbani o rustici, purché suscettibili di essere 'migliorati' (26): tra essi anche laghi, tonnare, sorgive e corsi d'acqua, oltre alle miniere, classificate come beni immobili da un decreto 8 agosto 1833 (probabilmente l'interesse derivava dall'inizio dello sfruttamento dei giacimenti di zolfo) (27). Duscio vi includeva, in omaggio ai recenti tentativi di coinvolgere il regno meridionale nella rivoluzione industriale, anche gli « opifici idraulici » e quelli « a vapore », sentendosi però subito in dovere di affermare che « non potrà costituirsi l'enfiteusi sul vapore, che non potrebbe conservarsi a perpetuità » (28). Non a caso Simone Corleo pochi anni più tardi potrà polemicamente affermare che « in Sicilia... per poco non è data la

---

(23) DUSCIO-VECCHIO, *Della enfiteusi*, cit.; F. DUSCIO, *Trattato della enfiteusi, contenente la teorica su tal contratto e numerose teorie novelle su quei ad esso intimamente connessi, sulle obbligazioni e su di altre importanti parti della legislazione civile*, Catania, Pietro Giuntini, 1852; N. UZZO, *Trattato sull'enfiteusi*, Palermo, Pedone Lauriel, 1859^2.

(24) S. JANNELLI, *Dell'enfiteusi. Comento al tit. IX L. III della I^a parte del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Palermo, Francesco Lao, 1845, p. 25; DUSCIO-VECCHIO, *Della enfiteusi*, cit., I, p. 24 e ss.; UZZO, *Trattato sull'enfiteusi*, cit., p. 29.

(25) JANNELLI, *Dell'enfiteusi*, cit., pp. 25-26.

(26) Sui miglioramenti DUSCIO-VECCHIO, *Della enfiteusi*, cit., I, p. 82 e ss.; UZZO, *Trattato sull'enfiteusi*, cit., p. 103 e ss.

(27) JANNELLI, *Dell'enfiteusi*, cit., p. 27; DOMINICI, *Trattato dell'enfiteusi*, cit., p. 31.

(28) DUSCIO-VECCHIO, *Della enfiteusi*, cit., I, p. 80.

stessa aria in enfiteusi » (29)! Il laudemio veniva escluso a meno che non fosse espressamente convenuto: in ogni caso non poteva superare la cinquantesima parte del prezzo (30).

Le vicende dell'enfiteusi in Sicilia si legano a doppio filo sia con il riformismo borbonico, che già nel 1789 aveva ampiamente usato l'istituto per la censuazione dei demani municipali, sia soprattutto con l'abolizione del feudo decretata nel parlamento del 1812 e consacrata nella costituzione dello stesso anno. L'eversione si protrasse per decenni, ricevendo un forte impulso solamente con un decreto del 1837; nell'Isola rimanevano ancora estesissimi latifondi posseduti non solo dagli ex baroni, ma anche dalle antiche *universitates*, ora trasformate in comuni, e dalle istituzioni ecclesiastiche.

Entro pochi anni il mercato fondiario avrebbe conosciuto un utilizzo massiccio dell'enfiteusi: gli antichi signori potevano adesso comodamente concedere i fondi a qualcuno che assicurasse loro un congruo canone e provvedesse nel contempo a valorizzarli con le migliorie, secondo il regime disegnato dalle *Leggi civili*, senza dover alienare le terre su cui poggiavano gli aviti titoli nobiliari. A beneficiare di questa ondata di concessioni non furono braccianti e contadini: il cospicuo affare della liquidazione della feudalità venne gestito dalla nobiltà minore, cui adesso si affiancava una vera e propria 'borghesia'. I principi e l'alta aristocrazia cedettero gli ex feudi in enfiteusi a questo composito ceto, che ebbe accesso privilegiato alla terra, beneficiando di concessioni estese ancora nell'ordine di centinaia di ettari. Sempre costoro si arricchirono con la censuazione dei beni di regio patronato del 1838 e con le successive leggi che abolirono le residue promiscuità feudali, liberando i fondi dagli antichi oneri baronali. La frantumazione del latifondo con lo strumento dell'enfiteusi si stava quindi realizzando come una questione interna ai ceti privilegiati. Lo spazio per i veri e propri contadini si apriva invece sul versante della sub-enfiteusi: coloro che si erano impadroniti di vaste terre demaniali ed ex-feudali pensavano adesso a recuperare le spese compiute e a valorizzare il proprio

(29) S. Corleo, *Storia della enfiteusi dei terreni ecclesiastici della Sicilia*, Palermo, Lao, 1871, rist. con intr. di A. Li Vecchi, Caltanissetta-Roma, Sciascia, 1977, p. 83.

(30) Su tale 'spinosa' materia cfr. N. Musmeci, *Memoria intorno al laudemio*, Napoli, Tip. della Sibilla, 1847.

investimento, talvolta anche reluendo il canone e divenendo così proprietari. Alcuni concessionari vestirono in tal maniera i panni, certo a loro più consoni, del 'padrone diretto', e fondarono villaggi rurali nelle proprie estese tenute, attraendovi coloni con la lusinga di convenienti contratti enfiteutici.

È questo lo scenario entro cui dobbiamo immaginare i nostri attori, domini diretti e utili, e lo scontro/incontro dei loro interessi. Accorto regista il governo napoletano, il cui intento era di indebolire l'aristocrazia parlamentare che aveva costretto il sovrano ad accettare la Costituzione del 1812 ed era stata l'anima della rivoluzione siciliana del 1820-21: la monarchia favoriva così i nuovi gruppi dirigenti su cui si fondava la riforma amministrativa. Ad orchestrare gli spartiti dotti giuristi e corti centrali e provinciali, ove la feudalità che intravedeva il suo tramonto tentava di riaffermare il proprio ruolo sociale ed economico con alterne fortune.

4. *Nei labirinti della codificazione.*

Garibaldi, sbarcato a Marsala, tentò di coinvolgere la popolazione siciliana nell'impresa dei Mille. A tal fine un decreto del prodittatore Mordini del 18 ottobre 1860 obbligò gli enti ecclesiastici isolani a concedere in enfiteusi perpetua i propri beni agli agricoltori: la norma tuttavia non ebbe concreta applicazione.

Il laboratorio della codificazione del diritto del nuovo regno si andava frattanto attrezzando: si era messo in moto il meccanismo che in pochi anni avrebbe condotto alla promulgazione del Codice civile del 1865. La posizione dell'enfiteusi non era delle più felici: pesava l'aura di feudalesimo di cui era permeata, e l'opinione pubblica dell'Italia centro-settentrionale la considerava ancora un elemento di arretratezza economica. È così che il primo progetto Cassinis del 1861 non contemplò l'istituto (31). Anche il successivo progetto Miglietti del 1862 non previde una normativa specifica in

(31) Cfr. Ministero di Grazia Giustizia e dei Culti, *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, VI, Roma 1892[2].

materia, limitandosi ad accennare alle servitù costituite dall'enfiteuta, all'art. 688 (32).

Il successore di Miglietti, Conforti, allargò alle corti meridionali la richiesta di un parere sul progetto, fino a quel momento visionato solo da magistrati dell'Italia settentrionale e centrale. Tra i pareri che giunsero ci interessa da vicino quello del presidente della Corte d'Appello di Trani, Nicola Alianelli, autore di un commentario all'enfiteusi nel codice delle Due Sicilie. Alianelli lamentava il « silenzio del progetto » in materia, fonte « di grave pregiudizio, almeno per le provincie napoletane », riferendosi anche alla comparazione: infatti in Belgio l'istituto era stato reintrodotto nel 1824-5, a colmare il vuoto lasciato dal codice francese (33). Anche il primo presidente della Corte d'Appello di Catanzaro, Michele Narici, difese l'enfiteusi, « contratto così radicato nelle abitudini e renduto necessario dallo stato della nostra agricoltura! » (34).

A Conforti seguì Pisanelli, che sottopose l'intero progetto a cinque commissioni, insediate a Torino, Firenze, Milano, Napoli e Palermo. Le prime non rimpiansero la scomparsa dell'enfiteusi. Altra storia è quella della commissione palermitana. Insediatasi il 23 marzo 1863 prese molto sul serio il proprio compito, inaugurando una infinita serie di sessioni che si inoltrò in pieno 1864, con più di 40 sedute.

L'enfiteusi intanto iniziava ad affacciarsi sulla scena politica. Il deputato Simone Corleo (35), che aveva presieduto quel consiglio civico di Salemi che aveva chiesto a Garibaldi la concessione enfiteutica dei terreni di titolarità ecclesiastica (36) — richiesta che fu all'origine del citato decreto del 1860 —, aveva presentato al parla-

---

(32) Cfr. Ministero di Grazia Giustizia e dei Culti, *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, VII, Roma 1892[2]; *Progetto di Codice Civile del regno d'Italia* presentato alla Camera dei senatori dal Ministro della Giustizia on. Vincenzo Miglietti nella tornata delli 9 gennaio 1862.

(33) Ivi, *B. Osservazioni dell'avv. Nicola Alianelli, Primo Presidente della Corte d'Appello di Trani*, p. 553 e ss.; sull'enfiteusi cfr. p. 612.

(34) Ivi, *C. Osservazioni dell'Avv. Michele Narici Primo Presidente della Corte d'Appello in Catanzaro*, p. 659 e ss.

(35) Il deputato siciliano scrisse anche un volume sul tema: CORLEO, *Storia della enfiteusi*, cit.

(36) SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, cit., p. 389.

mento nel 1861 un progetto di legge volto a dare effettività nell'Isola al decreto disatteso (37). Il progetto conobbe un *iter* travagliato: il patriota di Salemi lo presentò al parlamento il 25 marzo 1861 (il primo di un deputato del nuovo regno), Cassinis fece osservare a Corleo che ci si apprestava ad estendere a tutta la Penisola la legge sarda del 1857 che aboliva l'enfiteusi; l'insistenza del deputato condusse alla nomina di una commissione di studio, mentre parallelamente si avviavano i lavori di un'altra commissione che doveva provvedere all'estensione della legge abolitiva. Corleo riuscì tuttavia ad aggregare i colleghi isolani, in maniera che « stretto così il ministro dall'unanime avviso contrario dei deputati siciliani, credette ripiegare dallo estendere alla Sicilia la detta legge, e quindi annunziò alla commissione che avrebbe proposto di applicarla a tutte le altre provincie d'Italia i cui rappresentanti già vi avevano acconsentito » (38). Ma il successo dei siciliani indusse i politici meridionali e dell'ex stato pontificio a ricredersi e ritirare il loro appoggio a Cassinis. La presentazione del progetto fu affidata a due relatori d'eccezione: Gregorio Ugdulena alla camera e lo storico Michele Amari al senato. Dopo accese discussioni — che al senato videro contrapposti perfino i due Michele Amari, il conte e il professore, a riprova che gli stessi siciliani erano portatori di ideali e interessi talvolta confliggenti, addirittura all'interno della stessa casata — il testo divenne la l. 743 del 10 agosto 1862, *Per la concessione ad enfiteusi perpetua redimibile dei beni, fondi ecclesiastici e demaniali in Sicilia*. Nel sistema normativo le operazioni di quotizzazione venivano demandate a commissioni provinciali, e i lotti avrebbero dovuto essere in media estesi 10 ettari, fino a 100 in casi particolari, come la presenza di boschi o declivi. Tali enfiteusi erano soggette alla normativa del « Codice civile vigente nelle provincie siciliane », cioè ancora alle *Leggi civili* borboniche, con alcuni correttivi: si abolivano la prelazione del 'padrone diretto', il laudemio, la subenfiteusi, e veniva sancita la divisibilità del canone. Vennero così censiti 6.175 fondi rustici, estesi 192.000 ettari, suddivisi in 20.300 lotti. Gli appezzamenti più cospicui furono acquisiti anche questa volta da famiglie dell'aristocrazia e della borghesia agraria: solo queste infatti

(37) *Ibidem*.
(38) CORLEO, *Storia della enfiteusi*, cit., pp. 83-84.

possedevano le risorse economiche necessarie per 'migliorare' i fondi, cioè per impiantare in parte di essi viti e 'giardini' di agrumi.

Nel frattempo i lavori della commissione palermitana proseguivano alacremente. La 31ª seduta del 3 ottobre 1863 fu dedicata all'art. 432 del progetto Miglietti, ove si affermava che « la legge considera immobili per l'oggetto a cui si riferiscono » il diritto del concedente e quello dell'enfiteuta. Secondo il commissario Di Marco questo passaggio implicava la tacita abrogazione dell'enfiteusi, riconoscendone solo alcuni effetti: tale considerazione indusse il noto avvocato a richiedere con forza il mantenimento dell'istituto nel nuovo codice, soprattutto alla luce della recentissima legge Corleo. L'indomani venne affrontato il testo del titolo III del libro II del progetto (39). I commissari Castiglia, Di Marco e Maltese si spinsero perfino a proporre una nuova distribuzione della materia, con un titolo IV intitolato *Comunioni e smembramenti della proprietà*: qui, insieme a comunione, possesso, usufrutto, uso e abitazione, era inserita l'enfiteusi, con gli articoli da 480 a 499 (40). Il primo novembre Di Marco ritornò all'attacco, chiedendo nuovamente la reintroduzione dell'enfiteusi. Si oppose il presidente della commissione, Lanzilli, ritenendo che alla funzione di questa avrebbe sopperito l'usufrutto, senza la necessità di contemplare un ulteriore istituto che frammentasse la proprietà. Tale intervento provocò la levata di scudi di tutti gli altri commissari, « per cui venne stabilito di annoverare la enfiteusi fra le divisioni della proprietà, e quindi di tracciarne le regole principali ». Si propose un nuovo ordinamento della materia, presentato dal procuratore Castiglia (41). La 46ª seduta, del 10 gennaio 1864, venne dedicata all'esame di due progetti, il primo di Salvatore Jannelli (l'autore del commentario sull'enfiteusi nelle *Leggi civili*), il secondo opera di Di Marco e del barone Raoul D'Ondes. Il progetto Jannelli si componeva di 28 articoli, dal dettato di sapore più scientifico che normativo, era

(39) Cfr. Ministero di Grazia Giustizia e dei Culti, *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, VII, Roma 1892²; *Progetto di Codice Civile del regno d'Italia* presentato alla Camera dei senatori dal Ministro della Giustizia on. Vincenzo Miglietti nella tornata delli 9 gennaio 1862; VI. *Osservazioni*, p. 886 e ss.

(40) Ivi, p. 916 e ss.

(41) Ivi, p. 970 e ss.

piuttosto prolisso, e perfino dotato di disposizioni transitorie. Il progetto Di Marco-D'Ondes differiva dal primo anzitutto per il divieto della subenfiteusi, per il principio dell'irredimibilità del canone, per la irrevocabilità dell'obbligo dell'enfiteuta: è evidente la volontà di mantenere la supremazia del dominio diretto (42). Castiglia e Maltese approvarono questo progetto; lo stesso Jannelli confessò che aveva propugnato la possibilità di reluire il canone solo « per deferenza alle idee correnti » sulla libera proprietà, dichiarando di « voler riprendere il suo convincimento primitivo, e di votare la irredimibilità del canone nelle enfiteusi perpetue » (43). Nella seduta del 24 gennaio 1864, dedicata alla disamina dei due progetti, venne infine approvato l'articolato Di Marco-D'Ondes con alcune modifiche.

Mentre la commissione palermitana continuava il suo interminabile *divertissement* nei laboratori della codificazione, escogitando versioni dell'enfiteusi sempre più colte e raffinate — oltre che favorevoli ai 'direttari' (categoria cui peraltro i commissari erano contigui, per nascita o per professione) — il panorama nazionale era decisamente mutato. Al progetto Miglietti si era frattanto sostituito il progetto Pisanelli. Nella relazione sul progetto del terzo libro del Codice civile presentata al senato nella tornata del 26 novembre 1863, il guardasigilli sostenne la necessità di eliminare l'enfiteusi in quanto troppo intrisa di residui 'feudali'. Pisanelli concludeva affermando che le finalità dell'istituto potevano essere raggiunte ugualmente mediante una locazione centennale con l'obbligo di dissodare i fondi (44). In tale contesto, proprio lo stesso giorno che a Palermo si approvava il progetto Di Marco-D'Ondes, veniva promulgata la l. 24 gennaio 1864, che estendeva anche all'antico regno meridionale la l. piemontese del 1857, disponendo la affrancazione dei canoni enfiteutici, censi, livelli, decime, etc., dovuti ai corpi morali; cui seguì il r.d. 31 marzo 1864 n. 1725 che ne regolamentava l'applicazione (45).

---

(42) Ivi, p. 1099 e ss.

(43) Ivi, p. 1117.

(44) *Raccolta dei lavori preparatori del Codice civile del regno d'Italia*, vol. I, Palermo e Napoli, Pedone Lauriel, 1866, pp. 125-126.

(45) SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, cit., p. 392 e ss.; p. 772 e ss.

Si giunse alla relazione della commissione senatoria sul progetto Pisanelli, il 26 giugno 1864. Quella sul secondo libro fu preparata da Giovanni De Foresta: vi viene rimarcata la scomparsa dell'enfiteusi. Uscita questa di scena si poteva raggiungere lo stesso risultato con la locazione a lungo termine. La commissione peraltro avvertiva il pericolo che locazioni siffatte potessero nuovamente « ravvivare l'enfiteusi sol mutandone le esteriori sembianze e il nome », ma venne infine convinta ad accettare il progetto ministeriale (46).

Ma il seme della legge Corleo iniziava a germogliare. Alla discussione alle camere vi fu una forte reazione per tale eliminazione, che indusse Pisanelli a ripensare all'opportunità di un simile passo. Durante i lavori della Commissione per la promulgazione del codice, nella seduta del 17 maggio 1865, dopo la discussione del contratto di vendita, mentre ci si accingeva ad esaminare quello di locazione, il presidente Cassinis comunicò un quesito posto dal guardasigilli: « se, tenuto conto delle condizioni economiche in cui si trovano alcune provincie del Regno, non sia necessario di mantenere il contratto d'enfiteusi con quei temperamenti che sono richiesti dall'odierno stato dell'industria e del commercio ». Il primo a prendere la parola fu lo stesso Pisanelli, che ricordò come, durante la compilazione del progetto, era stato combattuto « tra la personale sua opinione, che era favorevole al contratto d'enfiteusi, e quella della generalità dei magistrati e giurisperiti delle antiche provincie che l'avversava, già sanzionata dalla legge del 1857 votata dal parlamento, di guisa che dovette in qualche maniera cedere all'ambiente in cui si trovava, né credette poter riprodurre l'enfiteusi nel nuovo Codice ». In seguito, constatato che da più parti se ne chiedeva l'introduzione, tornò sulle posizioni originarie. Il giurista ingaggiò quindi una difesa a spada tratta dell'istituto, evidenziandone i vantaggi e il ruolo di promozione della piccola e media proprietà e di frantumazione del latifondo meridionale (47). L'intervento si concluse ad arte con la citazione dei benefici effetti della legge

(46) *Raccolta dei lavori preparatori*, cit., p. 347 e ss.

(47) *Processi verbali delle sedute della Commissione speciale nominata con R. decreto del 2 aprile 1865 al fine di proporre le modificazioni di coordinamento delle disposizioni del Codice civile e le relative disposizioni transitorie a mente della legge di*

Corleo, consistenti nell'aumento del reddito prodotto e perfino della quiete sociale: « e si sollevarono col lavoro e colla speranza della proprietà tanti cittadini, che privi di fortuna potevano diventar pericolosi per la società ». Pisanelli ammetteva l'introduzione di correttivi alla « perpetuità del vincolo », individuati nella possibilità più ampia di reluire il canone e ridurre al minimo i casi di devoluzione. Vincenzo Niutta intervenne in suo aiuto, invocando la libertà contrattuale e il ruolo economico dell'enfiteusi. Anche Bonacci aderì, citando i miglioramenti prodotti dalla censuazione dei beni dell'abbazia marchigiana di Chiaravalle. Sighele concordò, affermando che perfino in Lombardia tale contratto non veniva avversato. Enrico Precerutti, irritato dall'improvviso (e sospetto) cambio di fronte, attaccò ancora l'istituto, definito un « rimasuglio del medio evo », di cui non era peraltro affatto dimostrato il ruolo positivo, che si sarebbe potuto comunque raggiungere con gli strumenti della locazione a lungo termine o con la vendita con costituzione di rendita perpetua. L'intervento provocò la replica di Niutta, che affermò addirittura che l'istituto era vantaggioso « in quanto raddoppiava il numero dei proprietari ». Il relatore De Foresta affermò che in linea di principio dissentiva dall'inserimento di un tale « contratto ibrido » nel Codice civile, ricordando che proprio durante il suo ministero era stata votata dal Parlamento Subalpino la legge del 1857. Non da giurista ma da politico concordava tuttavia con Pisanelli, a patto di sfrondare l'istituto dalle caratteristiche feudali e dalle memorie del fedecommesso, proponendo inoltre di prendere a modello la normativa del Codice estense. Pallieri si associò alle idee di De Foresta. Cassinis, fortemente contrariato, auspicò almeno di eliminare la devoluzione e facilitare il riscatto del canone, per evitare gli infausti effetti del dominio diviso, dando mandato a Pisanelli, Bonacci, Sighele e Vaccarone « di preparare un progetto di articoli » da discutere nuovamente. La sottocommissione disegnò un contratto migliorativo e non perpetuo, con ampia facoltà di riscatto per l'enfiteuta, ove tuttavia si manteneva ancora spazio per la devoluzione del fondo. La commissione speciale corresse il tiro, ammettendo l'assoluta redimi-

---

detto giorno, Torino, Stamperia reale, 1866, Verbale 38, seduta pomeridiana del 17 maggio 1865, p. 441 e ss.

bilità dei fondi enfiteutici, limitando la prelazione del concedente, eliminando le vocazioni pazionate. Riguardo alle subenfiteusi, Mancini, considerando la diffusione di tale realtà in Sicilia, proponeva di convertirle in contratti di rendita, ma senza successo: esse vennero considerate riscattabili al pari delle enfiteusi (48). Si giunse così alla inclusione nel Codice civile del 1865, nel Libro III, del titolo VIII, *Dell'enfiteusi*, che si apre con l'art. 1556: « L'enfiteusi è un contratto, col quale si concede, in perpetuo o a tempo, un fondo coll'obbligo di migliorarlo e di pagare un'annua determinata prestazione in danaro o in derrate ». Come affermerà più avanti Luigi Borsari, « bell'esempio di docilità delle grandi assemblee! La enfiteusi ebbe ospitalità nel Codice nostro » (49).

I siciliani avevano vinto la partita, ma avevano dovuto cedere su alcuni punti cruciali. Il concedente vedeva svuotato il proprio diritto a vantaggio dell'enfiteuta: erano soppressi il laudemio e la prelazione a suo favore, veniva sancita la divisibilità del canone tra gli enfiteuti. Perché tanto accanimento per mantenere l'istituto nel nuovo codice? Dobbiamo nuovamente guardare al contesto siciliano. Qui le terre ecclesiastiche erano state suddivise tra i possidenti, ancora appartenenti in gran parte al ceto che si era arricchito con le quotizzazioni del 1789 e con la liquidazione dei diritti feudali. Intere tenute, con i pretesti della distanza dai centri abitati e della presenza di boschi e declivi (che permettevano di far salire considerevolmente l'estensione dei lotti), finirono nelle solite mani. Ben presto ai fondi acquisiti con la legge Corleo si aggiunsero le terre espropriate alle corporazioni religiose soppresse, con la l. 7 luglio 1866: questa all'art. 34 confermava la validità della l. del 1862, nonostante l'opposizione della commissione ministeriale che pretendeva di trasformare il sistema delle concessioni enfiteutiche in quello della vendita forzata stabilita dalla legge eversiva. Anche stavolta i deputati siciliani fecero muro sventando la minaccia ai cospicui interessi consolidati nella loro isola: infatti proprio nel triennio 1866-67-68 si

(48) Simoncelli, *Della enfiteusi*, cit., p. 396 e ss.

(49) L. Borsari, *Commentario del Codice civile italiano*, vol. IV, parte I, Torino, Utet, 1878, p. 561.

attuò la maggior parte delle concessioni enfiteutiche dei beni ecclesiastici (50).

Non a caso l'inchiesta Franchetti-Sonnino del 1876 rivelò che furono proprio i grandi e medi proprietari terrieri ad aggiudicarsi in enfiteusi tali beni, in aperta polemica con Corleo che difese fino in fondo il proprio operato. Anche l'inchiesta di Abele Damiani nel 1877 rivelò che su un campione di 92.462 ettari appartenenti alla chiesa siciliana, venduti o concessi in enfiteusi, ben 48.088 vennero accaparrati dai grandi proprietari; 37.550 dai medi; solo 6.822 giunsero ai piccoli — e non certo ai braccianti — (51).

5. *« L'avvenire è sulle ginocchia di Giove ».*

L'enfiteusi era quindi entrata a pieno titolo a far parte del Codice civile del 1865. La nuova disciplina conobbe i contributi dei neo-esegeti, come i commentari di Luigi Borsari (52), Emidio Pacifici-Mazzoni (53), e di altri autori (54); fu anche oggetto di attenzione per le voci delle enciclopedie giuridiche (55) e per alcune monografie.

La versione 'sistematica' dell'enfiteusi si deve a Vincenzo Simoncelli. Paolo Grossi ricorda che nel 1888 il giurista « dedica insistentemente la propria attenzione a un istituto, l'enfiteusi, che, ignorato dal *Code civil*, riammesso dopo lunghe discussioni ed esitazioni nel Codice del 1865, era oggetto della più aperta diffidenza da parte della cultura giuridica ufficiale come schema tecnico

---

(50) CORLEO, *Storia della enfiteusi*, cit., p. 228 e ss.

(51) A. LI VECCHI, introduzione a CORLEO, *Storia della enfiteusi*, cit., p. XLIX e ss.

(52) BORSARI, *Commentario*, cit., p. 557 e ss.; su questa 'nuova' fase dell'impegno del giurista GROSSI, *Modelli e tradizioni*, cit., p. 271.

(53) E. PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza, Trattato della vendita. Effetti della vendita, cessione, permuta, enfiteusi*, vol. II, Firenze, Cammelli, 1878.

(54) Sull'atteggiamento di questi giuristi sul tema della proprietà cfr. GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 255 e ss.

(55) Come quelle curate da T. CARAFFA, voce *Enfiteusi*, in *Il Digesto Italiano*, vol. X, Torino 1895-1898, p. 419 e ss.; F. DE FILIPPIS, voce *Enfiteusi*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. V, p. II, Milano 1906, p. 160.

tendente a incrinare la compatta unità della proprietà individuale », nell'intento di promuovere il ruolo del lavoratore della terra rispetto al proprietario (56). Il giurista di Sora pubblicò alcuni saggi sull'istituto, e una fondamentale monografia (57), volta a sistematizzarne la disciplina, con una visione ariosa, aperta alla comparazione e vivificata dalla storia, attenta ai preludi del diritto agrario. Come ha evidenziato Paolo Grossi « a Simoncelli non interessano dei precedenti, interessa il segreto d'un'esperienza storica dove un istituto nasce e vive. L'attenzione per l'enfiteusi da parte di un civilista italiano degli anni Ottanta rivela... senza dubbio un atteggiamento spregiudicato e insofferente che la astuzia dei costituenti e legislatori borghesi aveva venato di molta, troppa eticità » (58). Simoncelli riassume il dibattito della civilistica sull'enfiteusi, che cercava di allontanare l'ombra del dominio diviso grazie a ricostruzioni scientifiche più o meno complesse: dall'opinione definita 'purista' che vedeva l'istituto come un diritto reale che limita il dominio del proprietario concedente, propugnata da De Crescenzio, Gabba, Corsi, Mazzoni, De Pirro; a quella progressista che riteneva l'enfiteuta proprietario e il concedente titolare di un semplice diritto reale, propugnata da Colamarino, Fulci, Mancini, Gianturco; a quella ferma ancora al dominio diviso, secondo la ricostruzione di Viti e Mirabelli; mentre Filomusi Guelfi distingueva un enfiteuta titolare di « una proprietà risolubile per devoluzione », da un concedente cui rimaneva solo « un diritto di credito con garentia reale », opinione accolta da Corleo, Tiepolo, Rinaldi (59). Simoncelli rilevava come il legislatore avesse in effetti favorito l'enfiteuta e limitato i poteri del direttario, secondo la sua visione dell'istituto, profondamente storicistica, di lotta tra enfiteuta-lavoratore e proprietario (60). Nei fatti « vita lunga avrà per tutto l'Ottocento, in mezzo a molti dissensi, tra lo scherno e la sufficienza dei neoteorici, lo schema del

(56) P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 27 e nt. 57. Un approfondimento sul giurista in Id., *Interpretazione ed esegesi*, cit., pp. 35-41. Specifiche sull'enfiteusi le pp. 38-39.

(57) Simoncelli, *Della enfiteusi*, cit.

(58) Grossi, *Interpretazione ed esegesi*, cit., p. 39 e ss.

(59) Simoncelli, *Della enfiteusi*, cit., p. 405 e ss.

(60) Ivi, p. 427. Una approfondita rassegna delle diverse posizioni dottrinarie in Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, cit., p. 155 e ss.

dominio diviso, soprattutto nella consueta applicazione dell'enfiteusi » (61).

Nel 1886, nella sua relazione finale sui risultati dell'inchiesta agraria, Stefano Jacini auspicava l'eliminazione di vari vincoli alla proprietà, tra cui, naturalmente, anche l'enfiteusi. Della commissione, oltre ad « agiatissimi proprietari terrieri », facevano parte anche due voci fuori dal coro, quelle di Agostino Bertani e di Ghino Valenti. Soprattutto quest'ultimo ci interessa per i suoi profondi studi di economia agraria e per la sua attenzione verso i modelli 'altri' rispetto alla proprietà individuale (62). In alcuni saggi di fine Ottocento (poi raccolti in un volume del 1914 che ebbe notevole fortuna), Valenti si occupò dell'enfiteusi e delle sue possibilità di utilizzo nel campo dell'innovazione agricola. Traendo spunto dagli scritti di Simoncelli l'economista ripercorre la storia recente dell'istituto, soffermandosi su alcuni « esempi attuali in cui l'enfiteusi ha dato ottimi risultati »: pensava soprattutto all'opera dei coloni siciliani in Tunisia, « che compirono opera altrettanto coraggiosa quanto efficace di bonificazione agraria ». La sua posizione tuttavia differiva da quella del giurista: « noi al contrario consideriamo l'enfiteusi come fine, non come mezzo. Noi la riteniamo quale un rapporto buono in sé e che, senza averne gli inconvenienti, può farci raggiungere lo scopo identico della proprietà coltivatrice » (63).

L'istituto ricevette ulteriore impulso tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento da alcune leggi in materia di agricoltura: venne infatti percepito come un fattore di sviluppo utile ovunque esistessero terre incolte e braccianti da occupare. Tale tema giunse sul tavolo della Commissione per la riforma dei contratti agrari, del 1894. Qui vi fu il solito scontro fra chi guardava con favore all'istituto e coloro che lo avversavano; Nicola Miraglia riferiva di « sollecitazioni giunte al Ministero di agricoltura dalla Sicilia e dalla Toscana perché l'enfiteusi fosse ricondotta nei limiti del codice napolitano, e come dalla Sardegna si chiedeva che i beni ademprivili

(61) GROSSI, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 305.

(62) Cfr. GROSSI, '*Un altro modo di possedere*', cit., p. 279; p. 286 e ss.

(63) G. VALENTI, *L'enfiteusi e la politica agraria (1889)*, in *Studii di politica agraria*, Roma, Athenaeum, 1914.

fossero dati in enfiteusi, ma senza il diritto di affrancazione » (64). Secondo il commissario infatti in Sicilia, dopo la promulgazione del codice del 1865, non si erano più stipulati contratti per l'illimitato potere di affrancazione concesso all'enfiteuta (65). In questo senso si mosse anche Francesco Schupfer, che propugnò il ritorno all'articolo 1701 delle *Leggi civili* delle Due Sicilie, che vietava l'affrancazione in mancanza di una convenzione espressa: proposta naturalmente respinta dalla commissione, che tuttavia ammise tale divieto per le enfiteusi di durata inferiore a 30 anni, in maniera da obbligare l'enfiteuta a compiere effettivamente i miglioramenti (66).

Mentre si svolgevano questi dibattiti volti ad approfondire la natura dell'enfiteusi e a profilarne sviluppi futuri, i 'galantuomini' che avevano beneficiato delle concessioni enfiteutiche ottocentesche avevano affrancato i canoni, consolidando dominio utile e dominio diretto e divenendo così proprietari dei fondi. Tra i deputati siciliani intanto si era levata una voce nuova: Napoleone Colajanni aveva proposto « il censimento obbligatorio dei latifondi di una certa estensione ». Si trattava stavolta delle terre dei 'signori', e non più di quelle dei demani comunali, degli ex feudi o del patrimonio ecclesiastico: gli interessi in gioco erano ben diversi. Come ricordava il parlamentare, in tale battaglia « rimasi solo: gli on. di Rudinì, di San Giuliano, Sciacca della Scala, Reale e Filì Astolfone si dichiararono avversi alla proposta mia » (67). Non a caso tra i nomi citati sono compresi quelli di uomini politici di rango, al contempo esponenti di importanti casate della Sicilia dell'Ottocento: i cui membri non potevano certo accettare che le sterminate aziende agricole dell'aristocrazia venissero frammentate con la nuova versione dell'enfiteusi che si voleva affermare. Le convulse vicende dei Fasci siciliani avevano intanto sollecitato il presidente del consiglio, Francesco Crispi, a offrire alcune concessioni ai ceti disagiati dell'Isola: qui ci interessa una proposta di legge del luglio 1894 *Sull'enfiteusi degli enti morali e sui miglioramenti dei latifondi dei privati nelle provincie*

(64) Simoncelli, *Della enfiteusi*, cit., p. 487.

(65) Caraffa, voce *Enfiteusi*, cit., p. 428n.

(66) Simoncelli, *Della enfiteusi*, cit., p. 502.

(67) N. Colajanni, *Gli avvenimenti di Sicilia e le loro cause*, Palermo, Sandron, 1894.

siciliane, che stavolta confliggeva apertamente con gli interessi dei grandi proprietari terrieri isolani. Secondo Colajanni anche tale disegno venne combattuto « fieramente alla quasi unanimità dai deputati siciliani » e conobbe perfino l'avversione dei socialisti: venne quindi insabbiato e decadde con la fine della legislatura (68).

Segue un periodo in cui si tenta il rilancio dell'agricoltura mediante l'uso dell'enfiteusi, grazie ad una serie di leggi rivolte a regioni considerate depresse e scarsamente produttive: Sicilia, Sardegna, Basilicata, Lazio. Tra queste di particolare interesse la l. 15 luglio 1906 n. 383 per Sicilia e Sardegna, che inizia a delineare un sistema popolato da società anonime munite di autorizzazione governativa, che possono acquistare fondi rustici per coltivarli o cederli in affitto o enfiteusi, o rivenderli dopo averli migliorati, allo scopo dichiarato di « spezzare i latifondi » (69). La rinnovata vitalità dell'enfiteusi era attestata anche dalla sua inclusione, insieme al contratto di piantagione (simile alla parzionaria), nel progetto di Codice civile per la colonia eritrea del 1909. Finalmente dopo un secolo l'istituto serviva davvero allo scopo sbandierato da sempre, cioè permettere l'accesso alla proprietà fondiaria a braccianti e contadini. Simoncelli poteva spingersi ad affermare, riguardo ai latifondi privati, che nonostante « l'avvenire » fosse « sulle ginocchia di Giove », si profilavano « sull'orizzonte due tentativi: l'espropriazione da parte dello Stato e l'allivellazione coatta nel caso che i latifondisti non vogliano coltivare i fondi in modo più rispondente alle esigenze sociali » (70). A rafforzare la posizione degli enfiteuti giunse poi una legge del 1925 che permise l'affrancazione di canoni, censi e altre prestazioni perpetue, nonostante normative o pattuizioni contrarie.

---

(68) « Negli uffici il disegno di legge agraria... venne combattuto perché ritenuto violento e rivoluzionario. I socialisti invece — e in nome loro autorevolmente ha scritto il professore Salvioli nella Riforma Sociale (n. del 10 agosto 1884) — non lo trovarono di loro gradimento, « perché in sostanza è conservatore, tendendo a diffondere quella proprietà fondiaria coltivatrice, pegli stessi lavoratori del suolo » » (COLAJANNI, *Gli avvenimenti di Sicilia*, cit.).

(69) Si tratta delle leggi 2 luglio 1896 n. 268, 2 agosto 1896 n. 382, 28 luglio 1902 n. 342, 14 luglio 1907 n. 562, 31 marzo 1904 n. 140: SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, cit., p. 793 e ss., 811 e ss.; cfr. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi*, cit.

(70) SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, cit., p. 533.

6. *Una nuova vita.*

Doveva però trattarsi di un entusiasmo effimero: un nuovo alleato stava per giungere in soccorso del dominio diretto. Anche in Italia la scienza giuridica aveva virato verso il modello pandettistico (71): in tema di diritti reali ciò importava, in ossequio alle teorie dei giuristi tedeschi, che l'enfiteusi abbandonasse ogni vestigio dell'aborrito dominio diviso e la sua collocazione tra i contratti, per ascendere a pieno titolo nell'empireo dei diritti reali (72). I romanisti-civilisti iniziarono quindi a sistematizzare l'enfiteusi tra i diritti reali limitati su cosa altrui: è così che, tra tanti altri contributi degni di nota, nella traduzione delle *Pandette* di Glück, la parte relativa all'enfiteusi venne tradotta e commentata da Gino Segrè (73). L'autore, definito « civilista e commercialista come romanista » (74), curioso e attento alle novità germaniche (Guido Alpa ci ricorda che « segue passo passo la redazione delle diverse versioni del BGB » (75)), nelle sue dense note affronta i punti nodali dell'enfiteusi, ricostruita come « un diritto reale su cose immobili, derivato dalla locazione-conduzione, importante diritti ed obblighi al titolare di esso, e per la sua possibile intensità ed estensione avente posto nel sistema fra la proprietà e le servitù » (76). Segrè contesta l'espansione del diritto di affrancazione, considerandolo un ostacolo alla costituzione di nuove enfiteusi: cita le opere di Simoncelli e Valenti, contrastando il *favor* del primo verso l'enfiteuta. Il giurista si spinge anche a prospettive *de iure condendo*, auspicando l'introduzione dell'obbligo di miglioramento dei fondi, il divieto della divisione senza il consenso del direttario, l'abolizione della invariabilità del canone e limitazioni alla possibilità per l'enfiteuta di affrancare il

---

(71) Su questo nuovo atteggiamento culturale cfr. G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 151 e ss.

(72) Cfr. ad es. B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. C. Fadda-P.E. Bensa, Torino, Utet, 1930, I, p. 585; p. 784 e ss.

(73) *Commentario alle Pandette* di Federico Glück, dirr. F. Serafini-P. Cogliolo, Libro VI, Milano, Vallardi, 1888, p. 402 e ss.

(74) G. Grosso, voce *Segrè, Gino*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVI, 1961, pp. 931-932.

(75) Alpa, *La cultura delle regole*, cit., p. 203; sul giurista cfr. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 234.

(76) *Commentario alle Pandette* di Federico Glück, cit., p. 437 nota e.

fondo. In sintesi auspicava un rafforzamento del diritto del concedente. Le posizioni di Segrè (77) vennero condivise da Francesco Ercole (78).

L'impegno sistematico del romanista mantovano non fu senza conseguenze. Ci inoltriamo infatti in quel Novecento che sta avviando la gestazione di un nuovo codice civile: Segrè venne chiamato a far parte della Commissione reale costituita nel 1924, incaricata di predisporre i progetti dei codici. In tale ambito il giurista curò la parte relativa al possesso, datata al 1931; gli venne quindi affidata la relazione al progetto sull'enfiteusi. Segrè anticipò le sue posizioni in una relazione al I Congresso di diritto agrario, nel 1935, affermando che l'importanza dell'istituto « si è oggi particolarmente accresciuta per la larga applicazione fattane già nelle concessioni in enfiteusi dei beni rurali ecclesiastici della Sicilia e nelle affrancazioni dei diritti di uso su boschi demaniali, poi nelle recenti leggi sul riordinamento e l'affrancazione degli usi civici ». Inoltre « tale disciplina deve nel nuovo codice trovare la sua sede nei diritti reali, accanto all'usufrutto », proprio in ossequio alla sistematica pandettistica. Il relatore affermava anche che non era stata offerta volutamente una definizione dell'enfiteusi: a tal proposito « non si prende partito, poiché questo non è compito di legislatore, ma d'interprete, per l'una o per l'altra delle costruzioni teoriche che si disputano il campo » (79).

Il progetto preliminare della Commissione su *Cose e diritti reali* è pronto nel 1937: il 14 agosto Mariano D'Amelio può scrivere al guardasigilli Solmi, a proposito dell'enfiteusi: « questo vecchio istituto è stato vivificato dallo spirito dei tempi nuovi con la tutela

---

(77) Riaffermate in una recensione del 1908: cfr. G. SEGRÈ, *Dell'enfiteusi secondo il diritto civile e le leggi speciali* (nota al trattato di V. DE PIRRO, *Della enfiteusi*, 2ª ed. interamente rifatta, Milano, Società editrice libraria, 1907), in « Rivista italiana per le Scienze giuridiche », XLV (1908), p. 303 e ss.

(78) F. ERCOLE, voce *Enfiteusi*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, diretto da V. Scialoja-P. Bonfante, vol. II, Milano, Vallardi, 1906, p. 816 e ss.

(79) G. SEGRÈ, *Sui principii direttivi della legislazione più recente in materia di enfiteusi e del progetto in corso di studio circa la disciplina dell'enfiteusi nel futuro codice civile*, in *Atti del primo Congresso nazionale di Diritto agrario*, tenuto in Firenze nei giorni 21, 22 e 23 ottobre 1935, Firenze, Ricci, 1935, p. 550 e ss., *Atti* che non a caso, come ha rilevato Paolo Grossi, costituiscono un 'momento di spicco' « per la teorizzazione sulla proprietà » (GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 231).

della pubblica economia e dei diritti del lavoro » (80). La relazione di Segrè ricalca quasi alla lettera il contributo fiorentino, auspicando inoltre un'ulteriore diffusione dell'enfiteusi « nelle nostre colonie e nei territori del nostro vasto Impero », probabilmente sull'onda dell'entusiasmo per i recenti successi delle armi italiane in Etiopia (81).

Il progetto venne sottoposto per un parere alla Corte di Cassazione, al Consiglio di Stato, all'Avvocatura dello Stato, Corti d'Appello, Università, Sindacati forensi e Confederazioni (82). Successivamente venne chiamata a dare il proprio parere la commissione delle Assemblee legislative (83). Il guardasigilli Grandi, nel trasmettere il progetto alla commissione, affermava: « penso che converrà ridurre in più raccolta disciplina la materia dell'enfiteusi: tuttavia l'istituto merita l'attenta cura del legislatore, perché, seppure nell'ora presente la sua funzione sembra assai limitata per effetto degli sviluppi del credito agrario e della bonifica integrale, non può dirsi eliminata la sua funzione in condizioni diverse di luoghi e di civiltà, quali possono verificarsi, ad esempio, in terre dell'impero » (84). Il 6 aprile 1940, sotto la presidenza di Mariano d'Amelio, la commissione si riunì per discutere il progetto relativo all'enfiteusi. Il relatore fu il conte messinese Domenico Pettini (85), che plaudì al recupero dell'istituto, alla sua nuova collocazione tra i diritti reali e al relativo « rafforzamento del diritto del concedente ». Il dibattito fu animato: vi presero parte Salvatore Di Marzo, Francesco Scaduto,

---

(80) Commissione reale per la riforma dei codici. Sottocommissione del Codice civile. *Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, Roma, Ist. Poligrafico dello Stato, 1937, pp. V-VI; cfr. anche N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 144 e ss.

(81) *Codice civile, secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, cit., p. 99 e ss.

(82) Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori per la riforma del Codice civile, Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo — Cose e diritti reali*, Roma, Tip. delle Mantellate, 1938.

(83) Su questa fase della gestazione del codice civile cfr. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., p. 220 e ss.

(84) Ivi, p. 224 nt. 15.

(85) Su Pettini cfr. F. GONCIARUK, *Una casata di giuristi e la sua biblioteca: i Pettini di Bauso*, in *Avvocati a Messina. Giuristi tra foro e cattedra nell'età della codificazione*, a cura di G. Pace Gravina, Messina 2007, pp. 219-220.

Pietro Barcellona, con interventi favorevoli a tale rafforzamento e volti a definirne meglio i contorni, come ad esempio riguardo alla possibilità di revisione del canone. Durante questa interminabile discussione tra siciliani solo due voci 'altre' si fecero sentire: quelle di Sergio Panunzio ed Eduardo Piola Caselli. Il primo, che nel 1939 aveva già offerto una propria riflessione sull'enfiteusi in un saggio pubblicato nel volume su *La concezione fascista della proprietà privata* (86), intervenne per conoscere se esistevano in materia contratti-tipo o se comunque se ne prevedeva la creazione, domanda a cui Pettini rispose negativamente. L'altro intervento, di Piola Caselli, immaginava che il recupero dell'enfiteusi potesse servire anche alla « bonifica montana, per la ripopolazione della montagna », secondo un altro importante *fil rouge* della politica agraria fascista. D'Amelio concluse velocemente una discussione che si profilava lunga, affermando che « la commissione ha già mostrato la sua simpatia per l'enfiteusi esaminando le disposizioni relative alla piccola proprietà ». Il presidente ne vagheggiava addirittura un futuro sviluppo: infatti il progetto in discussione, « pur mantenendosi nel campo privatistico, cerca di infondere nelle norme un più vivo e moderno contenuto economico. Quindi l'enfiteusi resterà un contratto fra privati, ma quando lo stato corporativo crederà che anche questo istituto sia uno strumento utile alle sue alte finalità, lo trasformerà secondo tali esigenze e farà come ha fatto per la mezzadria » (87), contratto agrario che aveva trovato nella *Carta della Mezzadria* del 1933 uno schema modello che coniugava proprietà e lavoro in linea con i postulati del corporativismo fascista (88).

In parallelo con i lavori di questa commissione Filippo Vassalli — per guadagnare tempo — aveva costituito un comitato per la revisione dei vari pareri. Il 12 febbraio 1940 venne approntato un

(86) S. PANUNZIO, *Prime osservazioni giuridiche sul concetto di proprietà nel regime fascista*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, Confederazione fascista lavoratori dell'agricoltura, 1939, p. 108 e ss. Sul volume v. le considerazioni di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 235.

(87) *Atti della Commissione delle Assemblee legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Codice civile. Libro delle cose e dei diritti reali*, Roma, Tip. del Senato, 1940, p. 300 e ss.

(88) Cfr. G. MOZZONI, *La posizione giuridica del titolare dell'impresa agraria*, in *La concezione fascista*, cit., p. 500. Sul punto v. RONDINONE, *Storia inedita*, cit., p. 112.

primo schema di disposizioni sull'enfiteusi, di 18 articoli, da Emanuele Piga e Pietro Germani (il quale aveva scritto per il *Nuovo Digesto italiano* nel 1938 la voce *Enfiteusi*, condividendo anch'egli le posizioni di Segrè), accompagnato da cenni illustrativi; era stato preparato un altro articolato in materia, consistente pure di 18 articoli; il 25 febbraio Mario Stella Richter rimise a Vassalli « una copia dello schema sull'enfiteusi nel testo approvato dal comitato » (89).

Nel mese di marzo 1941 verrà pubblicata la relazione al *Libro della proprietà*. L'importanza pratica dell'enfiteusi viene riconosciuta per far sorgere « una classe di quasi proprietarii »: si potevano espandere ancora le sue potenzialità, affidandole « la funzione sociale della redenzione delle terre incolte, neglette o di scarso reddito, sia in Italia, sia nelle sue colonie e nei territori dell'Impero » (90), ricalcando quasi alla lettera l'originaria relazione di Segrè.

Gli entusiasmi coloniali continuavano ad ingigantirsi man mano che il progetto proseguiva nel suo *iter*: si trattava in effetti di una buona arma nelle mani della retorica fascista. Tuttavia tale prospettiva si profilava sempre più lontana dalla realtà, che ormai vedeva le armate dell'Asse perdere terreno in Nord Africa, vanificando così il sogno di una enfiteusi diffusa in Libia ed Eritrea, sfogo di una emigrazione rivolta verso le colonie, assecondando il mito degli uliveti tunisini celebrati da Ghino Valenti. Forse questa è una ulteriore chiave di lettura per comprendere i reali interessi sottesi al mantenimento nel codice dell'enfiteusi e addirittura al suo rafforzamento (91).

---

(89) Ivi, p. 235.

(90) G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter, G. Dallari, *Codice civile. Libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941, p. 151 e ss.; la citazione è a p. 160. Cfr. Rondinone, *Storia inedita*, cit., p. 450.

(91) I colonizzatori italiani guardarono con avidità al complesso di terre demaniali, tribali e di fondazioni religiose, con una « lettura infedele del diritto musulmano » che li indusse a ritenere espropriabili le terre delle tribù e sfruttabili quelle delle fondazioni religiose, con una ingenua simmetria con ciò che era avvenuto in Italia nella seconda metà dell'Ottocento. L'estensione di terre di cui ci si poteva così appropriare ammontava nella sola Libia a circa 68.000 ettari (sui problemi della costruzione di un demanio italiano in Libia e sui regimi del possesso terriero cfr. L. Martone, *Diritto*

Nella *Relazione al re imperatore* Grandi affermava: « nel rielaborare la disciplina dell'istituto, pur conservandone i lineamenti essenziali, ho introdotto talune profonde innovazioni al fine di renderlo meglio idoneo ad attuare la funzione, di cui apparisce ancora capace, del miglioramento dei fondi e dell'incremento della produzione nazionale ».

Si costruiva così una nuova sistematica dell'enfiteusi, inserita tra i diritti reali e non più tra i contratti, a sancire la rinnovata importanza dell'antico istituto. La sua durata doveva essere perpetua o almeno ventennale, si stabiliva che l'enfiteuta « ha gli stessi diritti che avrebbe il proprietario sui prodotti del fondo, sul tesoro e relativamente alle utilizzazioni del sottosuolo in conformità delle leggi speciali »: scompariva l'accenno al diritto di sfruttare liberamente le miniere, in ossequio al nuovo ruolo dello stato in materia (92). L'enfiteuta conservava l'obbligo di migliorare il fondo e di pagare il canone, in danaro o in natura; a favore del concedente si affermava la solidarietà dei coenfiteuti al pagamento, almeno finché durava lo stato di comunione (93); cessava il tabù della immutabilità del canone originariamente convenuto: questo poteva infatti essere incrementato o diminuito in relazione al reale valore del fondo (proprio l'inalterabilità del canone era stata una delle cause di

---

d'oltremare. Legge e ordine per le colonie del regno d'Italia, Milano, Giuffrè, 2008, p. 71 e ss.). Una interessata produzione scientifica iniziò quindi a studiare i contratti agrari e l'ordinamento fondiario libici, individuando nel contratto di *mgharsa* (simile alla nostra antica parzionaria) lo stesso scopo economico-sociale di permettere al lavoratore l'accesso alla proprietà terriera. Come asseriva Alberto Gnecco, « nella futura politica coloniale si potrà ampiamente utilizzare questo istituto che in Libia ed in Africa Orientale potrà dare magnifici risultati, donando all'Italia intere regioni migliorate e vivificate » (A. GNECCO, *Aspetti di diritto agrario libico*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 225 e ss., 259).

(92) PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Codice civile*, cit., pp. 162-3. Così recitava la relazione al re imperatore: « Il riconoscimento di tale diritto non sarebbe apparso in armonia con la nuova legislazione in materia, la quale afferma il diritto dello stato su tutti i giacimenti minerari con potestà piena di concessione agli aspiranti ritenuti più idonei » (in N. e F. STOLFI, *Il nuovo Codice civile commentato, Libro III, Della proprietà*, Napoli, Jovene, 1944, p. 230). Si tratta del r.d. 29 luglio n. 1443 (R. TRIFONE, *Enfiteusi*, in *Commentario del Codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro terzo. Della proprietà, art. 957-1026*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1961^3, p. 17).

(93) *Codice civile. Libro della proprietà illustrato*, cit., p. 164.

decadenza dell'istituto sotto l'impero del vecchio codice). Permanevano i principi relativi al perimento totale o parziale del fondo, al pagamento delle imposte da parte dell'enfiteuta, alla disponibilità del suo diritto (94). Veniva ripristinata la prelazione a favore del concedente, abolita dal Codice del 1865; si stabiliva che in caso di alienazione l'acquirente era obbligato solidalmente con il venditore nei confronti del direttario per i canoni arretrati (95). Veniva vietata la subenfiteusi. Si manteneva il diritto di chiedere la ricognizione da parte del concedente, un anno prima del compimento di un ventennio, in maniera da scongiurare ogni tentativo di usucapione. Veniva affermato che il diritto dell'enfiteuta si estingueva col non uso protratto per venti anni, dando così nuova linfa alla teorica che lo disegnava come un diritto reale su cosa altrui (96). L'affrancazione era vietata prima che fossero trascorsi almeno 20 anni dalla costituzione dell'enfiteusi, e in ogni caso prima di aver operato i miglioramenti pattuiti, in nome dell'« interesse nazionale del miglioramento dei fondi » (97). Si trattava di uno dei principali nodi che l'istituto aveva affrontato nel previgente sistema, cioè il caso in cui il concessionario non avesse provveduto ai miglioramenti preferendo invece accumulare le somme che gli avrebbero permesso l'affrancazione. La devoluzione era disposta nel caso di deterioramento del fondo, di mancata esecuzione dei miglioramenti, della mora biennale nel pagamento del canone. Si aggiungeva un nuovo principio a favore del concedente, con la prevalenza della devoluzione sull'affrancazione nel caso di deterioramento e mancate migliorie, eliminando

(94) Ivi, p. 165 e ss.

(95) Ivi, p. 169.

(96) Significativamente la nota esplicativa spiegava che « il codice non definisce la natura del diritto dell'enfiteuta. Tuttavia, in base alla disposizione che ammette la prescrizione estintiva di tale diritto per non uso, sembra dover ritenere che il codice si sia orientato nel senso di considerare il diritto dell'enfiteuta come un diritto reale su cosa altrui, sia pure particolarmente ampio. Questa concezione può dare adito a notevoli applicazioni pratiche. Così, ad esempio, l'art. 350 sarà applicabile anche all'enfiteuta. Costui non potrà usucapire la proprietà del fondo e liberarsi dall'obbligo di pagare il canone se non si verifica alcuno dei fatti che, a norma dell'art. 350, danno luogo all'interversione del possesso » (*Codice civile. Libro della proprietà illustrato*, cit., p. 170).

(97) Ivi, p. 170 e ss.

una criticità del regime previgente (98). Si giunse così alla promulgazione del Codice civile del 1942, ove l'enfiteusi, cui è dedicato il titolo IV del Libro III, è collocata tra la superficie e l'usufrutto.

7. *Discontinuità e persistenze.*

Il secondo dopoguerra e le profonde trasformazioni della società hanno inciso fortemente sulla struttura dell'enfiteusi. Perdute le speranze di un suo massiccio utilizzo nelle vicende della colonizzazione africana, la natura dell'istituto ritornava nell'alveo tradizionale: stavolta però con una configurazione normativa nettamente più favorevole al concedente (99).

Si rendeva quindi necessario un riequilibrio, specie in considerazione del clima che si era vissuto alla fine del conflitto, con l'occupazione delle terre e i movimenti che propugnavano la riforma agraria. In effetti ormai i veri e propri latifondi — pallida memoria di quelli ottocenteschi — si trovavano quasi esclusivamente nel Meridione: qui la coltivazione granaria, con i suoi arcaici sistemi di rotazione, richiedeva ancora vaste aziende agricole. Su queste si appuntava ora l'attenzione del legislatore, che auspicava lo sviluppo di una piccola proprietà contadina grazie alla conduzione diretta dei fondi (100). Vennero così 'conferiti' circa un milione di ettari di terra, concentrati soprattutto in Emilia Romagna, Veneto, Lombardia, Puglia, Campania, Sardegna, Sicilia. La riforma sancì il definitivo tracollo degli agrari meridionali, veri protagonisti del rilancio dell'enfiteusi nel Codice delle Due Sicilie e del suo inserimento in quello del 1865, che avevano nuovamente fatto sentire la propria voce nella gestazione del codice vigente. Fu proprio in questo frangente che l'istituto venne utilizzato ancora, per l'ultima volta, dagli antichi gattopardi ormai feriti mortalmente: una legge del 1948 stabilì infatti che se i proprietari avessero alienato o concesso in enfiteusi una parte dei propri fondi direttamente ai coltivatori, avrebbero potuto eccettuare dall'esproprio una estensione corri-

---

(98) Ivi, pp. 172-173.

(99) Su questa fase cfr. S. ORLANDO CASCIO, *L'enfiteusi*, Palermo, Flaccovio, s.d.

(100) Sui principi ispiratori della Riforma cfr. A. SEGNI, *Struttura giuridica della riforma fondiaria*, in *Atti del terzo Congresso nazionale di Diritto agrario*, cit., p. 924 e ss.

spondente, oltre quella prevista per legge (101). La normativa di riforma in Sicilia, per analizzare un esempio concreto, aveva stabilito che ciascun proprietario non potesse possedere più di 200 (in effetti si poteva spesso giungere a 300) ettari di terra (102): l'eccedenza sarebbe stata espropriata dall'ERAS (Ente di Riforma agraria in Sicilia), quindi suddivisa in lotti, poi assegnati ai coltivatori. Per sfuggire a questa imposizione alcuni titolari su cui pendeva la minaccia dell'espropriazione, invece di escogitare le consuete strategie, come la stipulazione di negozi simulati, vendite o donazioni, preferirono utilizzare proprio la via disegnata dalla l. 1948 (103), frantumando alcune tenute mediante concessioni enfiteutiche a coltivatori, in maniera da fare aumentare in misura corrispondente il massimale di trecento ettari.

Questi furono gli ultimi fuochi dell'enfiteusi. Il sistema del codice stava per essere smantellato. Il primo colpo si ebbe con la l. 12 luglio 1966, n. 607, *Norme in materia di enfiteusi e prestazioni fondiarie perpetue*, che all'art. 1 ancorò il canone al reddito dominicale del fondo e sancì la conversione obbligatoria dei canoni in natura in canoni in denaro (i primi erano considerati più vantaggiosi per il concedente, divenendo più cospicui quando i fondi erano arricchiti dai miglioramenti). La legge citata inoltre disponeva definitivamente che, anche nel caso di devoluzione causata da colpa dell'enfiteuta, questi poteva far prevalere l'affrancazione, mediante il pagamento di quindici annualità. Veniva finalmente stabilito all'art. 18 che « le enfiteusi costituite sotto le leggi anteriori all'entrata in vigore del vigente codice civile sono regolate dalle norme del codice e dalla presente legge », per contrastare la sopravvivenza degli antichi sistemi. A questa normativa seguì una pronuncia della Corte costituzionale del 1969 che eccettuava i rapporti stabiliti successivamente al 28 ottobre 1941 (data dell'entrata in vigore del libro sulla proprietà) dall'applicazione dell'art. 1 della l. 1966, inaugurando un conflitto tra la Corte e il legislatore durato a lungo. I governi democristiani infatti — sotto la spinta della sinistra — non si diedero

(101) VITUCCI, voce *Enfiteusi*, cit., p. 464.

(102) L.r. n. 104, 27 dicembre 1950, *Riforma agraria in Sicilia*, art. 26.

(103) Tale normativa era stata recepita dal decreto del presidente della regione del 26 giugno 1948 n. 14.

per vinti: con la l. 18 dicembre 1970 n. 1138, si stabilì che la legge del 1966 si applicava alle enfiteusi rustiche costituite prima del 28 ottobre 1941, mentre per quelle successive il canone poteva essere più alto: nella legge si parlava anche delle enfiteusi urbane ed edificatorie (104). Un'altra pronuncia della Consulta, nel 1973, cercò nuovamente di tutelare i concedenti, stabilendo che il canone comunque non doveva essere inferiore alla quindicesima parte dell'indennità di espropriazione sancita dalle leggi di riforma agraria, mentre la l. 14 giugno 1974 n. 270, *Norme in materia di enfiteusi*, dettò altre norme favorevoli all'enfiteuta riguardo al canone. Queste disposizioni, che riconoscevano ormai l'identità dell'enfiteuta con il coltivatore, svuotavano sempre più la figura del domino diretto, cui restava solo il *nomen iuris* di proprietario, mentre le sue armi — prelazione, devoluzione, revisione del canone — venivano progressivamente eliminate dal gioco. Soprattutto la svalutazione monetaria degli anni Settanta menomò fortemente la sostanza del canone, non più passibile di adeguamento, che divenne presto irrisorio. È così che la stipulazione di nuove enfiteusi non ha più avuto luogo: l'istituto è pressoché sconosciuto nel centro-nord della Penisola, ed è stato usato talvolta in luogo della proprietà solo « allo scopo di attenuare il peso dell'imposta di successione o per analoghi motivi di elusione fiscale » (105).

Quando ormai i vetusti panni del 'direttario' sembravano relegati alle polverose soffitte della storia del diritto è intervenuta una nuova pronuncia della Corte costituzionale, del 1988 — sollevata dal Tribunale di Catania, sezione agraria —, che ha dichiarato illegittimo, per contrasto con l'art. 42 della Costituzione, l'art. 1 della l. n. 270 del 1974, per la mancata previsione di meccanismi di adeguamento del canone. Secondo tale pronuncia « il capitale di affranco del fondo enfiteutico non ha più, come nella disciplina originaria del codice civile, funzione di corrispettivo (prezzo), bensì ha assunto la funzione di "indennizzo" », quindi « sono applicabili per analogia i criteri di valutazione di congruità dell'indennizzo da

(104) VITUCCI, voce *Enfiteusi*, cit., p. 465; MARINELLI, *Un'altra proprietà*, cit., p. 658.

(105) VITUCCI, voce *Enfiteusi*, cit., p. 465.

corrispondere in caso di espropriazione » (106). La Corte è tornata sull'argomento nel 1997, grazie ad una questione sollevata ancora nel Meridione, dal pretore di Salerno, ed ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, commi 1 e 4, della l. 1966, anche per le enfiteusi fondiarie costituite anteriormente al 28 ottobre 1941, con un dispositivo analogo a quello della sentenza già esaminata (107).

Sulla scia di queste pronunzie si sono, negli ultimi anni, risvegliati (sempre nel Sud), nuovi interessi sull'enfiteusi. In tempi di bilanci magri e trasferimenti statali carenti alcune istituzioni, laiche ed ecclesiastiche, sono tornate ad esigere canoni risalenti ad epoche remote, dopo decenni di abbandono dovuti essenzialmente alla loro esiguità e alla conseguente antieconomicità dell'esazione — oltre alla difficoltà di comprensione della normativa in materia —. Particolare scalpore ha suscitato la situazione generatasi nella arcidiocesi di Chieti-Vasto, dove l'Istituto per il sostentamento del clero ha preteso il versamento di canoni cospicuamente rivalutati; vicende simili si sono verificate a Francavilla al mare, sempre in provincia di Chieti, ove il comune ha inoltrato richieste di pagamento a circa 5.000 enfiteuti; situazioni analoghe anche in Sicilia orientale, dove gli organismi del notariato hanno perfino promosso un convegno sulla effettività dell'enfiteusi (108).

Una storia complessa, dal dominio diviso ai modelli di proprietà contemporanei, in cui si palesano ulteriori zone grigie del processo di codificazione in Italia: tra centro e periferia, tra ideologie liberali e oscure sopravvivenze di interessi mantenuti nell'ombra, fino ai tardivi entusiasmi dell'esperienza coloniale. Un altro elemento di quelle 'periferie della codificazione' che non cessano di sorprenderci quando riusciamo a squarciare il velo del tempo.

---

(106) Sentenza n. 406 del 7 aprile 1988. Cfr. anche la nota di F. ENSABELLA, *Enfiteusi agraria e tutela costituzionale della proprietà*, in « Rivista di diritto agrario », LXVII (1988), p. 383 e ss.

(107) Sentenza n. 143, 19 maggio 1997, con nota di P. VITUCCI, in « Giurisprudenza costituzionale », XLII (1997), p. 1565 e ss.

(108) Il convegno, organizzato dal *Centro di studi notarili 'Federico II'* e dal Consiglio notarile di Ragusa e Modica, si è tenuto a Ragusa nel dicembre 2009.

Letture

GIACOMO MARRAMAO, *Contro il potere. Filosofia e scrittura*, Milano, Bompiani, 2011 (*).

Il libro di Giacomo Marramao è un libro esigente nei confronti dei suoi lettori, che non devono lasciarsi ingannare dalle dimensioni contenute e dallo stile brillante dell'opera, capace di concentrare in rapidi passaggi riflessioni e connessioni concettuali di grande densità e spessore.

Il tema è il potere. Il titolo (*Contro il potere*) sottolinea la dimensione critica della riflessione, ma potrebbe deludere chi si attendesse requisitorie moralistiche o utopie anarchiche. Il potere è una dimensione strutturale della condizione umana e come tale è assunto come filo conduttore del libro (e non solo di esso in realtà, ma dell'intera riflessione filosofico-politica del suo autore).

Parlare del potere è un'impresa sostanzialmente inesauribile, che può essere condotta da molti e diversi punti di vista: lo storico, il sociologo, l'economista, lo psicanalista, il giurista devono tutti fare i conti con questo concetto tanto capitale quanto sfuggente e offrono di esso visioni diverse, anche se non prive di parziali sovrapposizioni. L'analisi di Marramao è l'analisi di un filosofo che si propone di andare alla radice del fenomeno lavorando su due piani, che possono sembrare difficilmente compatibili, ma si rivelano in realtà complementari: riflettendo sul potere nel suo momento originario e sul potere nel suo dispiegarsi al presente.

Conviene spendere qualche parola su questo approccio. Il potere non è sempre eguale a se stesso: se guardiamo anche solo alle società occidentali, appare a tutti evidente che le teorie e le pratiche del potere variano drasticamente a seconda dei contesti. La democrazia ateniese, la monarchia assoluta, lo Stato ottocentesco, le democrazie del secondo dopoguerra, e così via enumerando, rinviano ad esperienze e a visioni politico-giuridiche tanto diverse da sembrare incomparabili. Comprendere storicamente il potere è quindi cogliere le specificità delle sue

---

(*) Il testo è stato letto in occasione della presentazione del libro a Firenze, il 6 febbraio 2012, nel ciclo di incontri ("Leggere per non dimenticare") a cura di Anna Benedetti.

molteplici manifestazioni, sottolineando le discontinuità che separano i diversi contesti.

È però anche vero che spesso le più clamorose discontinuità possono coesistere con soggiacenti permanenze. Chi, ad esempio, studia la rivoluzione francese si trova di fronte a innovazioni impressionanti, ma non può esimersi dal cogliere, sulla scia di Tocqueville, le eredità sotterranee lasciate dall'antico regime alla nuova Francia. Le continuità che lo storico mette in luce però sono per lo più legate al rapporto fra specifici e contigui contesti. Marramao si pone invece una domanda radicale: egli si interroga sull'*archè*, sull'origine del potere, sul suo fondamento antropologico, e su questa base tenta di cogliere ciò che egli chiama « l'onda lunga » del fenomeno. La preoccupazione di Marramao è di carattere genealogico: individuare il punto di origine di un fenomeno nella convinzione che l'origine ne illumini la struttura profonda, viva e attiva al di sotto della superficie delle trasformazioni storiche. Cogliere l'origine non è dunque per Marramao sfuggire alla storia: è al contrario dotarsi di uno sguardo più acuto che colga il ritorno dell'identico nel variare dei fenomeni. Proprio per questo, mettere a fuoco l'origine non è distrarre lo sguardo dal presente, bensì è disporre di uno strumento capace di interrogare il presente in una prospettiva in qualche modo straniata rispetto ad esso e proprio per questo più efficace nel metterlo in questione.

Nella sua avventura genealogica Marramao procede in compagnia di un grande autore del Novecento, la cui opera acquisisce col tempo un rilievo crescente: Elias Canetti. Il libro di riferimento è *Massa e Potere*, terminato da Canetti nel 1959, più di trenta anni dopo la sua prima ideazione. Per decifrare il potere, Canetti evoca esperienze primordiali: esperienze, prima che idee chiare e distinte; ed è appunto all'esperienza che Marramao ci invita a guardare, senza cadere in una logicistica idolatria del concetto. Alla radice del potere si colloca per Canetti la paura primigenia della morte: « il vivo — scrive Canetti — non si crede mai così alto come quando ha di fronte il morto, che è caduto per sempre: in quell'istante è come se egli fosse cresciuto » (1).

La condizione di assoluta e definitiva impotenza caratteristica del corpo morto terrorizza il vivente e al contempo gli comunica un esaltante senso di potere. Potere e sopravvivenza si saldano insieme. Affermare il proprio potere significa esorcizzare la morte: il massimo potere, il potere di infliggere la morte, sembra esprimere il massimo della sicurezza conseguibile.

Muovendo dai fulminanti cortocircuiti canettiani, possiamo renderci conto dell'ombra che accompagna l'intera parabola della sovranità, medievale e moderna: il legame forte, costitutivo, fra il potere e la morte. Se ne può trovare un eloquente indizio se si riflette sulla

(1) E. CANETTI, *Potere e sopravvivenza*, Milano, Adelphi, 1979, pp. 14-15.

straordinaria longevità della pena di morte: una pena che dai secoli più remoti giunge fino a noi passando attraverso le culture più diverse. Forse una spiegazione della sua lunghissima durata potrebbe risiedere proprio nel nesso originario fra sovranità e morte, sempre più dissimulato nel corso della modernità ma non per questo inoperante.

Il potere, dunque, vuol essere una sorta di assicurazione contro la morte. Il potere però è necessariamente un'esperienza relazionale. Potremmo ricordare la classica, formale definizione weberiana: potere è ottenere obbedienza da un soggetto. Questa relazione, che nella sua forma più immediata si presenta come un rapporto fra due individui, è però intrinsecamente ambigua e irrisolta. Il comando del potente si rivolge a un essere umano, non a una cosa inerte, e proprio per questo entra in rotta di collisione con la libertà dell'assoggettato. Nella relazione di potere, scrive Canetti, penetra una spina nella carne tanto del potente quanto dell'assoggettato. L'obbediente subisce infatti la compressione della sua libertà e proprio per questo tenta di sottrarsi e di ribellarsi. La posizione dominante, di conseguenza, non è assicurata una volta per tutte e il potente continua a essere insidiato dalla paura della morte, mai definitivamente esorcizzabile.

Né il potente né l'assoggettato possono liberarsi dalla loro spina. È piuttosto un'altra esperienza che, secondo Canetti, ci mette in contatto con un improvviso, anche se effimero, senso di libertà: l'esperienza della massa. La massa allo stato puro non è una struttura, una società ordinata e gerarchizzata: si forma di fronte a un evento improvviso, che spinge gli individui a coalizzarsi, ad agire tutti insieme verso un obiettivo. Quegli stessi individui, che poco prima erano una somma di entità diverse e potenzialmente conflittuali, vengono a comporre un unico flusso, un magma che avanza e cresce inarrestabilmente. L'individuo si fonde con gli altri, cessano le paure e le diffidenze, sono abrogate le distanze e le differenze. Finiscono dunque il potere e le sue spine? No, perché la massa è un'esplosione improvvisa ed effimera, che regge nel tempo solo in quanto si cristallizza, si istituzionalizza, si dà una rigida e precisa identità, erige confini, ricrea al suo interno differenze e obbedienze.

Non sembrano esserci vie d'uscita. « L'uomo — scrive Canetti — vuole andare sempre via e se il luogo dove si vuole andare non ha nome, se è indefinito, senza confini, allora lo si chiama libertà » (2). La libertà è un non luogo, uno spazio vuoto e indefinito al quale nessuna strada sembra condurre. Né basta moltiplicare le norme giuridiche a tutela della libertà perché questa possa essere effettivamente assicurata, dal momento che il potere nasconde sempre, anche dietro la civile facciata dello Stato di diritto, la sua originaria, barbarica propensione a inflig-

(2) E. Canetti, *La provincia dell'uomo*, Milano, Adelphi, 1978, p. 15.

gere la morte, a formulare comandi che suonano — scrive Canetti — come « una sentenza capitale tenuta in sospeso ».

Il re può perdere la corona e lo scettro — i suoi simboli esteriori — ma non può essere mai realmente tenuto sotto scacco. È però davvero inevitabile questa conclusione? Vale per il nostro presente la sconsolata diagnosi di Canetti? Giacomo Marramao non si sottrae a questa domanda e, sullo sfondo della riflessione genealogica sviluppata nella prima parte del suo libro, si dedica a un'analisi del nostro tempo affrontando temi importanti e complessi, di cui potrò offrire soltanto un'illustrazione rapida e parziale.

La domanda centrale può essere formulata in modo elementare: che ne è oggi del potere? Una risposta a questa domanda tende troppo spesso a coincidere con una sorta di dichiarazione di morte dello Stato, in sintesi argomentata nel modo seguente. Si dice: il potere, nell'arco della modernità, si è realizzato nella forma dello Stato nazionale; la profetica prefigurazione hobbesiana del Leviatano si è compiutamente realizzata, ha raggiunto l'acme nel corso del Novecento, ma è entrata di recente in una grave e irreversibile crisi, innescata dalla globalizzazione dei processi produttivi e dalla moltiplicazione di poteri e organismi che sfuggono al controllo degli Stati e ne minano alla radice il potere. Nel mondo globale dunque lo Stato è non già un terrifico Leviatano, ma un dinosauro imbalsamato destinato agli onori del museo.

La mia impressione è che un siffatto schema dica qualcosa di vero, ma sia al contempo pericolosamente riduttivo. Ce lo conferma Marramao ricordando due dati significativi: gli Stati, da un lato, lungi dal diminuire, si sono moltiplicati, e, dall'altro lato, hanno esteso le loro competenze, imponendo regole ad ambiti di vita (si pensi alle frontiere della bioetica) precedentemente non disciplinati. Si tengano poi presenti altri aspetti non proprio secondari: in primo luogo, il drenaggio, l'impiego e la distribuzione delle risorse dipendono ancora prevalentemente dalle politiche dei singoli Stati, che con le loro decisioni incidono a fondo sulla vita quotidiana dei loro cittadini (si pensi soltanto all'assistenza sanitaria, all'istruzione, all'organizzazione della giustizia); in secondo luogo, l'impiego della forza repressiva e offensiva — il contrassegno tradizionale della sovranità — non si è dissolto come nebbia al sole della globalizzazione, ma continua a essere una prerogativa degli Stati nazionali (che hanno eserciti e forze di polizia, organizzano processi, condannano a pene carcerarie ecc.).

I Leviatani non sono scomparsi. Ha ragione quindi Marramao nel ritenere insufficiente o addirittura fuorviante l'ennesima rivisitazione di un celebre luogo retorico (la 'crisi dello Stato') e propone piuttosto di ricorrere a una formula volutamente auto-contraddittoria, alla « paradossale figura — come egli scrive — di un declinare crescendo. [...]. Lo Stato declina mentre cresce e cresce mentre declina ». Quale è il senso di questa formula? E quindi, in altre parole, quali sono le direttrici lungo le quali si è trasformato il potere nel nostro presente?

In primo luogo, lo Stato continua a essere, sì, un importante snodo della dinamica politica, ma non può più essere compreso ricorrendo all'augusto emblema della sovranità, così come Hobbes la aveva pensata e consegnata ai 'moderni': un potere assoluto e solitario, radicalmente separato dai soggetti, privo di limiti e di condizionamenti. Se 'globalizzazione' significa qualcosa, essa allude a un processo che allenta e complica il rapporto fra la sovranità statuale e il territorio sul quale si esercita. Molteplici centri di potere (economico, giuridico, culturale) governano i soggetti agendo talora in sinergia e talora in contrasto con i poteri dello Stato. Il Leviatano deve rinunciare al suo splendido isolamento e alla sua impenetrabile compattezza: al suo interno, rischia di frammentarsi subendo l'urto delle spinte autonomistiche e localistiche, mentre al suo esterno deve fare i conti con la pressione di poteri indipendenti da esso. Di fronte all'individuo non si erge più la terribile maestà del Leviatano: non è una *piramide* di poteri rigidamente gerarchizzati, bensì piuttosto una *rete* di poteri, di poteri intrecciati fra loro e non più radicati in un preciso luogo, a intervenire per governare (disciplinare, imbrigliare, vorrei dire appunto 'irretire') i soggetti.

In secondo luogo, il Leviatano ha mutato volto, ha cambiato maschera: il potere è forse ancora un mostro, ma è un « mostro mite », come recita il titolo di un libro di Raffaele Simone (3), che Marramao discute nelle ultime pagine del suo libro. In che modo il biblico Leviatano di Hobbes, che Nietzsche presentava come il più gelido dei mostri, può, sì, rimanere un mostro, ma acquisire una fisionomia rassicurante e mite?

Il primo ad annunciare una siffatta trasformazione, o meglio travestimento, del mostro è stato il profetico secondo tomo della *Democrazia in America* di Tocqueville, nel 1840. E lo scenario entro il quale avviene, secondo Tocqueville, questa inopinata trasformazione è la democrazia: quella democrazia (appena progettata in Europa, ma già sperimentata negli Stati Uniti d'America) che ha esaltato l'eguaglianza dei soggetti, ma al contempo li ha isolati, privatizzati, indotti a concentrarsi sulla soddisfazione dei bisogni e sta cambiando il rapporto fra i cittadini e il potere. Il potere tende a dismettere le sue sembianze terribili e punitive e si offre come il tutore dei soggetti, pronto a sostenerli nei loro bisogni vitali in cambio di una rinuncia alla loro autonomia e responsabilità.

Tocqueville stava attaccando il nascente o progettato Stato sociale, ma al contempo coglieva una tendenza profonda dei regimi democratici, che sembra mostrare nuove e impreviste concretizzazioni nel nostro presente. Che cosa promette il 'mostro mite' dei nostri giorni? Non minaccia sanzioni, ma promette godimento e al contempo diffonde

(3) R. Simone, *Il Mostro Mite*, Milano, Garzanti, 2008.

la convinzione che il godimento coincida con il consumo e con la sua inesauribile curva ascendente. Come ci avverte Marramao ricordando Jean Baudrillart e Slavoj Žižek, alla logica della sanzione si è sostituita la strategia della seduzione, che appare altrettanto o più efficace nel disciplinare e 'normalizzare' i soggetti.

Certo, non dobbiamo pensare che il vecchio Leviatano abbia perduto zanne e artigli. Occorre tener presente un altro aspetto della società contemporanea: la formazione di due classi di soggetti, sempre più distanti e separate; la classe dei soggetti rispettabili perché ancora inseriti nel circolo virtuoso del lavoro-consumo-appartenenza e la classe dei soggetti ad esso estranei e quindi pericolosi (irregolari, immigrati, rifugiati, apolidi, nuovi poveri). Non a caso un giurista tedesco, Günther Jakobs, ha parlato di 'diritto penale del nemico', sostenendo l'opportunità di ricorrere a strategie penali differenziate a seconda che i loro destinatari siano cittadini affidabili oppure soggetti pericolosi. Nei confronti di questi ultimi il vecchio Mostro sa far buon uso dei suoi arcaici ma ancora affilati artigli.

Resta comunque vero che, per la cerchia protetta dei cittadini affidabili, il potere mostra gli ilari tratti di un *jolly joker*. Ed è appunto questa la maschera che il potere assume nello scenario della nostra democrazia: che non a caso viene presentata, da Colin Crouch, come una 'post-democrazia'; come un regime cioè che mantiene le regole formali e procedurali della democrazia novecentesca, ma ne va perdendo la sostanza, data la paralisi di una partecipazione politica effettiva e di un discorso pubblico realmente plurale. È entrato in crisi il presupposto antropologico stesso della democrazia otto-novecentesca: l'autonomia del soggetto; l'idea di un cittadino capace di partecipare perché in grado di valutare alternative e prendere decisioni. A rendere questa idea di soggettività, come avrebbe detto Luhmann, nobilmente ma pateticamente vetero-europea contribuisce in modo determinante quella che Marramao chiama la « monopolizzazione dell'immaginario » ad opera dei grandi mezzi di comunicazione di massa.

Il possibile esito finale, di cui non mancano oggi importanti segni premonitori, è la trasformazione del *dèmos* della democrazia nel soggetto collettivo di un regime populista. Anche in questo caso, possiamo fare riferimento a modelli storicamente decantati. La Francia di Napoleone III è il primo grande esempio in questa direzione. Si tratta certo di una realtà molto lontana dal nostro presente, ma già caratterizzata da alcuni tratti destinati a presentarsi in contesti diversi: la personalizzazione estrema del potere, la condanna della pluralità e della conflittualità, l'ossessione dell'unità e dell'identità. Restano le forme della democrazia (il riferimento alla volontà del popolo, fatta coincidere con il suffragio e retoricamente celebrata dalla dilagante 'sondaggistica') e arretra la sostanza: la possibilità di incidere, di far sentire la propria voce, nella formazione delle decisioni collettive.

Il potere cambia la maschera, ma la libertà sembra relegata in quel 'non luogo' evocato dal pessimismo radicale di Canetti. Non è però questa la conclusione del nostro libro: che non vuole offrire taumaturgiche soluzioni, ma tenta comunque di indicare spunti di riflessione importanti, non dico per realizzare, ma almeno per pensare possibilità alternative. Mi limito a menzionarli telegraficamente. Il primo tema è il rifiuto dell'ossessione identitaria e la valorizzazione della pluralità e della soggettività. Il secondo tema, in qualche modo conseguente, è l'invito a ripensare la politica collegando fra loro due visioni per troppo tempo assunte come reciprocamente incompatibili: la politica come spazio del conflitto e la politica come *communitas*, come *consociatio*, come costruzione della 'casa comune' (per usare una metafora cara a Giorgio La Pira). Questi due momenti della politica non possono restare separati: occorre assumerli congiuntamente, pur nelle loro inevitabili tensioni. La democrazia presa sul serio vorrebbe appunto essere una risposta a questa sfida e realizzare questa difficile *coincidentia oppositorum*: rendere compatibili, anzi complementari, il conflitto e l'ordine; la molteplicità delle prospettive e l'unitarietà della decisione; la partecipazione dei molti e le competenze degli *àristoi*. È una partita difficile, ma è l'unica che possiamo giocare. Dobbiamo farlo superando luoghi comuni e false verità e guardando in profondità i fenomeni: il libro di Giacomo Marramao, e, più in generale la sua intera produzione intellettuale, offrono, a mio avviso, contributi importanti in questa direzione.

PIETRO COSTA

LUIGI NUZZO, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.

L'intento del volume è chiaro fin dall'inizio: ricostruire quella che l'a. considera l'ambigua relazione tra il processo di scientificizzazione del diritto internazionale e il colonialismo occidentale nell'Ottocento.

Tale relazione, che si gioca su due livelli, quello della scienza e quello della prassi, continuamente intrecciati dall'a., pervade i grandi temi e soprattutto il banco di prova del diritto internazionale: la "questione orientale" e la colonizzazione dell'Africa centro meridionale.

Quasi in premessa, Nuzzo propone subito di superare l'idea di un Ottocento legata esclusivamente ad uno scontro tra giusnaturalismo e positivismo intorno alla legittimazione dell'ordine legale, mentre — sostiene — è lo scavo in profondità nel pensiero giuridico che può permettere la riscoperta della storicità del diritto internazionale, che

nasce come scienza fondata storicamente e sistematica. E allora risulta convincente il richiamo immediato alle poche, ma efficaci, righe di Savigny [1] in cui vengono introdotti quegli elementi di metodo storico-sistematici di costruzione del diritto internazionale — che risulteranno decisivi alla fine degli anni '50 dell'Ottocento — distinti dalla prassi diplomatica e dal diritto naturale, che lo avrebbero trasformato in un sapere scientifico, prodotto della coscienza giuridica europea.

Il problema di fondo sorge quando il mondo al di fuori dell'Occidente, quello popolato da non cristiani, al massimo individui assoggettati ai principi universali del vecchio diritto naturale, diventa oggetto di interessi economici e politici.

Inoltre, come tutelare e difendere gli operatori europei dai pericoli di una giustizia locale non cristiana, pensata come arbitraria e vessatoria, e soprattutto esercitata da popolazioni, come quelle orientali, che possedevano un deficit di cristianità e civiltà, che aveva bisogno di essere superato attraverso l'inclusione in un ordine eurocentrico, sostenuto invece dalla carica morale e universalistica del diritto internazionale.

Il dilemma teorico risiedeva dunque nell'amplificazione e nel rafforzamento di un diritto internazionale pensato come sapere scientifico dalla vocazione universale. Quest'operazione culturale necessitava della slegatura di alcuni nodi teorici come la trasposizione su di un piano "metapositivo" del diritto internazionale, la configurazione della presunta *eccezionalità* del mondo non occidentale, la constatazione delle diverse velocità della "costruzione della civiltà", secondo, ovviamente i parametri occidentali, e il ripensamento del diritto consolare, già strutturato, come vettore di irrobustimento delle relazioni giuridiche con gli Stati orientali, sulla scorta anche dell'estensione di antichi privilegi con il mondo ottomano.

A questo proposito è opportuno, secondo Nuzzo, spingersi oltre la convinzione della dottrina ottocentesca che individuava nel Congresso di Parigi del 1856, in cui si ammise la Turchia a godere dei benefici del diritto pubblico, uno spartiacque tra un diritto internazionale delle nazioni cristiane e un diritto internazionale delle nazioni civili, perché l'incontro francese non produsse "mutazioni genetiche" (così come successe in Cina). In realtà il nodo più profondo da sciogliere non era solo quello dell'applicazione del diritto internazionale nei confronti delle popolazioni extraeuropee, ma quello della complessità di armonizzare metodo giuridico, aspirazioni umanitarie, liberalismo politico, pulsioni razziste e imperialismo economico (p. 11).

In ragione di questa complessità Savigny aveva imposto alla dottrina l'idea di un diritto internazionale, frutto di un processo storico, fondato su un principio costitutivo basato sulla scientificità e la verità

---

[1] *System des heutigen römischen Rechts.*

del proprio discorso e del proprio oggetto. Tale sistema, appunto, aveva il carattere di scienza autonoma. Però Savigny sostenne anche l'idea di un doppio diritto; oltre a quello internazionale era necessario comprenderne un altro che riguardava le popolazioni non cristiane la cui applicazione, però, acquisiva un carattere puramente morale (p. 12).

Nella prima metà dell'Ottocento, il dibattito tra gli internazionalisti non mancò di prefigurare la recinzione delle popolazioni non cristiane all'interno di un perimetro *pregiuridico*, costituito da obblighi morali e cristiani, risultato di una visione umanitaria che "scivolava spesso in razzismo". Nonostante però la notorietà e l'autorevolezza dei lavori di Savigny, il diritto internazionale della Restaurazione si dispiegò intorno ancora al sostegno degli "sforzi della diplomazia".

Autori, prontamente citati, come Martens, Schmalz e Klüber mostrano, non solo come il diritto internazionale fosse pensato alla stregua di una raccolta di usi e convenzioni tra gli Stati d'Europa, resa uniforme dalla religione cristiana e da un processo di civilizzazione condiviso, ma anche come non venisse meno l'irriducibilità della teoria del diritto delle genti generale e positivo e della diplomazia come azione politica fondamentale che potesse dare risposte efficaci ai problemi internazionali.

Se queste erano le coordinate, era però chiaro che diventava decisiva l'individuazione di un metodo che sistematizzasse il materiale sostanziatosi sulla prassi e sulle consuetudini delle "nazioni cristiane"; questo metodo doveva fondarsi sulla storia e la filosofia; proprio quel materiale che per un altro importante protagonista del dibattito, l'inglese Wheaton, possedeva quei "principi razionali", individuabili solo in prospettiva storica.

Nella sovrapposizione tra scienza giuridica e diplomazia che pervade l'opera di Wheaton, si afferma costantemente anche l'enfatizzazione ideologica della forza morale suscitata dall'endiadi civiltà e cristianità, necessaria, secondo il giurista inglese, alla positività del diritto internazionale; questione che venne poi messa in discussione da John Austin negli anni '30, con lo scopo di amplificare, invece, le virtù espansive dei valori occidentali di umanità, giustizia e liberalità veicolati dal diritto internazionale, insieme al principio di reciprocità e quello di giustizia.

Se però in questi anni Francis Lieber esaltava la fecondità del dialogo tra diritto e morale e l'applicazione dei diritti di etica alla scienza politica, lo sviluppo che ebbe il dibattito sul diritto internazionale nel mondo anglosassone si distese, da una parte, verso le implicazioni morali come presupposto della positività del diritto internazionale e, dall'altra, verso il riconoscimento di una positività, configurata per via analogica dal diritto privato, sulla base di una simmetria tra soggetti giuridici privati e quelli pubblici.

Queste riflessioni erano inoltre sostenute dalla convinzione teorica che il rifiuto dell'"abbraccio con la diplomazia" del diritto inter-

nazionale presupponesse da una parte il riconoscimento dell'importanza di un diritto delle genti naturale e da un'altra la convinzione che le relazioni interstatali dovessero fondarsi su basi morali comuni, regole universali condivise, poste in grado di produrre diritti, obblighi e "positivizzazione" dei principi di diritto naturale (Reddie).

Tornando rapidamente al contesto tedesco, l'a. mette in evidenza gli sforzi di orientamento teorico del dibattito portati da Heffter. Verso la metà degli anni quaranta, il grande giurista (2), avverso per tradizione al giusnaturalismo e ad un certo "empirismo" diplomatico, condusse un'azione di ridefinizione teorica importante, equiparando il diritto internazionale ad un diritto statale "esterno", regolato però dall'opinione pubblica, che si fondava sullo stato di necessità, con l'obiettivo di imporre regole di civiltà, in un quadro di rapporti tra Stati sostenuto dal principio, non nuovo, di reciprocità. All'interno di questo quadro teorico, Heffter sosteneva che non fosse più rinviabile la prefigurazione della comunità internazionale fondata su valori condivisi, la sola che poteva superare il problema dell'assenza di un'autorità legislativa sovraordinata e in grado di ridefinire lo spazio comune europeo, giuridico e morale, che però non poteva comprendere gli Stati "infedeli".

Le riflessioni di Heffter preludevano ad uno sviluppo della scuola tedesca della metà del XIX secolo che fonderà la propria riflessione intorno ad alcuni *topoi* come la centralità del ruolo della scienza giuridica che doveva adoperarsi per la costruzione sistemica del diritto internazionale, quale prodotto della civiltà cristiana, attraverso anche criteri guida come l'oggettività della comunità internazionale — per Kantelbon anche fondamento del diritto delle genti — e la soggettività degli Stati.

Ma proprio in questi anni, il diritto internazionale acquista alcuni caratteri portanti: quello di veicolo di civiltà e quello di diritto a matrice religiosa che fornisce alle Potenze europee il "titolo giuridico" per il controllo dei soggetti politici non cristiani.

Gli interventi di Pillet e di Oppenaheim sono un esempio significativo di quella coincidenza tra civiltà e cristianità che rende possibile sul piano del confronto tra gli internazionalisti corrispondenze significative, come quella tra il mondo accademico continentale e quello anglosassone (ad esempio, Mackinstosh), proprio sulla centralità della componente religiosa che diventa dimensione morale, parametro del grado di sviluppo di un popolo del diritto internazionale, perché frutto delle nazioni civilizzate, di cui potevano godere anche quei popoli o nazioni, come quelle musulmane, che « avevano avvertito l'influsso di nuove relazioni commerciali » (p. 58), come scrive l'a.

Proprio la forza morale e religiosa — insieme alle consuetudini — si trasformava in diritto positivo e permetteva di superare le distinzioni

(2) *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart* (Berlin 1844).

tra le nazioni, ma per alcuni studiosi non rimaneva potenzialmente un'esclusiva di tali nazioni. Infatti Phillimore aveva, a più riprese, non escluso che si potesse parlare di diritto internazionale anche presso le popolazioni non cristiane.

Però, al di là di questi ultimi casi, il grado di cristianità originario, necessario per configurare la soggettività giuridica, diventò il parametro sul quale venne determinata la distanza e, nello stesso tempo, il rapporto con, ad esempio, la Turchia, o meglio la "questione ottomana", definita durante i giorni del Trattato di Londra degli anni quaranta. In quegli anni, lo sforzo dei giuristi sarà inizialmente anche quello di non lasciare cadere l'aspirazione all'inclusione delle popolazioni orientali nell'ordine giuridico europeo, rivitalizzando costantemente la dimensione universalistica del diritto internazionale.

L'integrità e l'indipendenza dell'impero ottomano avevano assunto una grande rilevanza anche per le ricadute evidenti in tema di sicurezza e di mantenimento della pace nel continente europeo e sull'*european balance of power* e per la Turchia stessa significava accedere al diritto pubblico europeo e sfuggire alle pretese espansionistiche russe. L'a., inoltre, sostiene che però nel Trattato di pace, siglato a Parigi nel 1856, a conclusione della guerra di Crimea, in cui all'articolo 7 si leggeva che gli Stati firmatari "dichiaravano la Sublime Porta ammessa a partecipare ai vantaggi del diritto pubblico e del concerto europeo", non si fosse superata la dimensione cristiana del diritto internazionale, ma si riconoscesse "semplicemente" che la sopravvivenza della Turchia fosse decisiva per il mantenimento di un assetto equilibrato tra le potenze europee.

Tuttavia, come chiarisce bene l'a., il Trattato del 15 aprile del 1856 tra Francia, Austria e Inghilterra che rivendicava l'impegno preso a Parigi nel marzo dello stesso anno per salvaguardare la Porta, non solo provocò "una lesione della sovranità turca", ma non introdusse elementi di critica al mantenimento di una giurisdizione in favore dei consoli occidentali, ormai da tempo avversata dal governo turco.

La revisione delle *Capitolazioni* — quella antica raccolta di privilegi che garantivano agli stranieri beneficiari, libertà di religione, di commercio e di residenza, esenzioni fiscali e soprattutto il ricorso alla giustizia consolare in territorio turco — avrebbe condotto, probabilmente, all'abolizione di queste immunità e alla rinuncia possibile di ogni "relazione di diritto diplomatico e di diritto privato con l'Impero Turco". Proprio quest'ultimo, sistema giuridico "pluriordinamentale", per secoli aveva garantito che le controversie tra sudditi non musulmani fossero sottratte alla competenza delle autorità giudiziarie locali e concesse ai rappresentanti e alle disposizioni normative delle diverse comunità presenti sul territorio.

Alla magistratura consolare si riservava una competenza esclusiva nelle controversie tra cittadini occidentali, applicando anche il principio *actor sequitur forum rei* e soprattutto garantendo l'inviolabilità della

persona del console e del suo domicilio e l'impossibilità di tradurlo in giudizio contro la sua volontà o di condurlo in carcere. Nel tempo la prassi seguita dai consoli di ampliare continuamente la propria sfera giurisdizionale permise alla diplomazia e alla dottrina di sostenere fortemente la competenza esclusiva della magistratura consolare nelle controversie di natura penale nelle quali fosse imputato un cittadino occidentale.

Quindi, la Turchia, che voleva rivedere tutto la giurisdizione della magistratura consolare, non solo non ottenne alcunché, ma venne solo parzialmente ammessa al concerto europeo.

Il diverso "livello di civiltà" e l'irriducibilità di una religione differente legittimavano la sospensione dei principi fondamentali del diritto internazionale e l'imposizione ormai di un regime giurisdizionale consolare "eccezionale", fondato sull'autorità e sul diritto consolare (strumento considerato molto efficace nei rapporti con Stati di civiltà "inferiore") e sul principio della extraterritorialità (3).

Negli anni sessanta, insiste l'a., il diritto consolare, in ottima salute, nonostante il processo inarrestabile di laicizzazione dell'amministrazione della giustizia turca, era un diritto di confine, sensibile alle necessità del potere esecutivo e pronto ad offrire risposte adeguate alle nuove esigenze imposte dai mutamenti del quadro politico ed economico.

La costituzione di tribunali misti, cui sottoporre tutte le controversie in cui le parti avessero nazionalità differente o fossero di rito religioso diverso, sembrò quindi alla Sublime Porta la soluzione migliore, ma i timori europei di affidarsi ad organi giudiziari dipendenti dal governo turco rendevano complicata la politica turca in favore dell'abrogazione del sistema capitolare.

In fondo, secondo il giusinternazionalista Twiss, le Capitolazioni permettevano alla Turchia di partecipare al Concerto e al diritto pubblico europeo senza violare i precetti della legge coranica e agli Stati europei garantivano la tutela e la sicurezza delle attività commerciali secondo le leggi europee e la giustizia consolare. Inoltre potevano potenzialmente costituire la base per la stipula di accordi e trattati internazionali tra le potenze europee e la Turchia.

Nell'impero cinese, invece, sebbene il Trattato di Nanchino rinvigorisse il ruolo di intermediazione dei consoli europei (inglesi) e di vigilanza sulle attività cui erano tenuti i cittadini nei confronti del governo cinese, mancava una norma che riconoscesse espressamente la giurisdizione esclusiva dei consoli sui propri concittadini, che però venne definita nel 1843 nel Trattato di Humenchai nella parte sulle regolamentazioni del commercio inglese nelle cinque città portuali,

---

(3) Cfr., come ricorda l'a., la legge consolare del Regno d'Italia del 28 gennaio 1866, n. 2804.

introducendo il principio di extraterritorialità. Poi, con la redazione delle *General Regulations*, il governo inglese aveva affidato ai consoli alcune competenze nelle cause di diritto civile sorte tra sudditi cinesi ed inglesi. Nel penale i crimini dei sudditi inglesi sarebbero stati giudicati da un console inglese secondo le leggi penali inglesi e, allo stesso modo, i reati compiuti dai sudditi cinesi sarebbero stati regolati dal diritto cinese (4). In seguito sia la Francia che gli Stati Uniti utilizzarono gli accordi anglo-cinesi come modello, non solo per accordi commerciali, approfittando dei vantaggi della clausola della "nazione più favorita" (concessa alla regina d'Inghilterra), ma ottenendo di poter disciplinare l'ambito giurisdizionale dei consoli e le modalità di funzionamento del principio di extraterritorialità (5).

La stipula del Trattato anglo-cinese del 1858 — che avvia in modo definitivo il processo di costruzione di solide relazioni (e istituzioni) interstatali — avrebbe permesso non solo di "trattare direttamente con l'imperatore, il diritto per mercanti e missionari e di spingersi nell'interno dell'immenso impero", ma anche la partecipazione della Cina al sistema giuridico e politico internazionale e quindi l'estensione delle competenze della magistratura consolare.

L'a. marca molto bene, però, come l'ingresso della Cina nella « famiglia delle nazioni » abbia concesso all'impero celeste solo il riconoscimento di una soggettività giuridica parziale, ma anche come il prezzo da pagare sia stato la sospensione dell'applicazione del diritto internazionale e il rinnovo delle pratiche relazionali, quasi ad esclusivo appannaggio ancora della prassi diplomatica e, naturalmente, del diritto consolare.

L'impero cinese rimase in una condizione di eccezionalità e quindi non in grado di accedere alla produzione del diritto internazionale, a "sovranità limitata", con carattere premoderno, fuori dalla cristianità, sebbene da sempre tollerante verso l'attività missionaria. In sostanza la Cina non ottenne dalle Potenze europee un adeguamento ad un livello di civiltà paritario. In definitiva, non essendo considerato uno Stato civile, le Potenze europee non avevano fatto altro che tentare di proiettare anche in Cina il "regime delle capitolazioni" cui erano sottoposti i paesi musulmani.

---

(4) Cfr. anche le osservazioni dell'a. sui Trattati tra il Celeste impero, gli Stati Uniti d'America e la Francia del 1844 a Wangxia e a Huangpu.

(5) Come sostiene l'a. (p. 85), sul piano giuridico l'occidentalizzazione dei nuovi territori contemplava "il superamento della sovranità cinese e la rigorosa applicazione del principio della personalità della legge in sede penale" (*Wangxia*, art. 21; *Huangpu*, art. 27), ma anche il ricorso "a rimedi equitativi e a forme alternative di amministrazione della giustizia che permettessero, però, di ribadire la superiorità della magistratura consolare".

Tra gli anni sessanta e settanta il "discorso" del diritto internazionale, incardinato su due livelli, quello pedagogico e quello performativo, veniva ad agganciarsi a due "forme narrative della modernità": la nazione come sistema culturale e lo Stato come forma disciplinata di governo (p. 94).

Queste narrazioni hanno certamente dato un nuovo impulso al rafforzamento del diritto internazionale e la scuola italiana non ne è aliena, come è noto. Il lavoro di Mancini, oltre a progettare un rinnovamento scientifico e morale del diritto internazionale fondato sulla coscienza giuridica dei popoli civili, volto all'enfatizzazione della nazionalità come inalienabile diritto dei popoli — perché traeva origine dal principio della libertà — ebbe lo scopo anche di orientare il dibattito degli internazionalisti verso il consolidamento della nazione stessa come solida protagonista delle relazioni internazionali e poi dello Stato.

Questo slittamento del dibattito sul diritto internazionale lungo il tema della nazionalità e dell'irrobustimento del legame con la coscienza dei popoli, ritenuto in grado di liberare gli uomini dalla barbarie, spinse la riflessione verso la ripresa e il rinnovamento della carica universalistica e umanitaria del diritto internazionale. Il passo poi alla discussione sulla legittimità del diritto di intervento "umanitario" divenne breve, ma con scarso successo.

Non sfuggiva ormai che andasse superato nelle relazioni internazionali l'abituale rifugio nella prassi diplomatica e che il diritto internazionale fosse affidato alla "neutralità" della teoria scientifica (p. 116), sebbene il confronto tra gli internazionalisti oscillasse da una forte critica al principio, alla "menzogna" diceva qualcuno, della nazionalità all'esaltazione delle doti della stessa nazionalità in tema di superamento delle differenze europee, necessaria alla costruzione di un'Europa pacificata. In ogni caso, però, spesso si perdeva di vista la complessità dello sviluppo della comunità internazionale e del multiforme articolarsi dei rapporti tra gli Stati.

È all'interno di questo dibattito che, negli anni settanta, si avvia il processo di costituzione dell'*Institut de droit international* che segna anche l'accelerazione verso il rinnovamento del diritto internazionale, attraverso un'azione scientifica collettiva di eminenti giuristi e verso la costituzione di un organo dell'"opinione pubblica del mondo civilizzato", il cui obiettivo era soprattutto la produzione di alta giurisprudenza in materia di diritto internazionale privato e di "diritto della guerra", cui gli Stati dovevano sentirsi vincolati.

Doveva ridursi, secondo gli intenti di questi giuristi, quella *incertitude* tra dimensione morale e dimensione giuridica che il diritto internazionale ancora possedeva.

Incertezza che sembrò stemprarsi durante la riunione dell'*Institut* a Ginevra nel 1874, allorquando una risoluzione proposta da Asser e Mancini affermò che il principio di nazionalità poteva corrispondere a

un principio di diritto positivo con un carattere costituzionale e transnazionale in grado di definire una comunità internazionale (p. 165).

Di conseguenza, all'interno del discorso giuridico sul principio di nazionalità si inseriva un tema che diventerà centrale più avanti, quando verranno poste in essere le Corti internazionali: i diritti civili degli stranieri, all'interno di un quadro teorico che privilegiava il principio di nazionalità, libertà e sovranità e all'interno di un diritto internazionale inteso come sapere universale, prodotto europeo, con forte identità cristiana.

Ma i problemi però erano soprattutto altri e l'a. ritorna alla questione orientale. La presenza in Turchia, fin dal 1847, di tribunali misti di commercio che affiancavano la giurisdizione consolare (6), stavano mostrando alle potenze europee degli anni sessanta che il diritto coloniale fosse uno strumento in grado di inverare la missione civilizzatrice dell'Occidente e del suo diritto internazionale e che poteva intervenire anche contro la supposta "barbarie" delle popolazioni africane, a cominciare dall' Egitto, Stato vassallo della Turchia.

Il complesso e travagliato tentativo di riorganizzazione dei tribunali locali egiziani, in seguito alla proposta di riforma strutturale del primo ministro egiziano Nubâr Pascià degli anni settanta, a scapito della giurisdizione consolare, fornì — e su questo insiste molto Nuzzo — la base per un confronto internazionale significativo tra i rispettivi governi e i giuristi di spicco di quel tempo.

Intanto veniva a manifestarsi la complessità del principio di extraterritorialità di fronte ad una vera e reale riforma del sistema giudiziario, come appunto quello egiziano, in cui i primi segnali di deciso cambiamento si scontravano con gli interessi economici delle Potenze europee e quindi contro l'avversione e la difficoltà occidentale a discutere della ridefinizione dell'estensione della giurisdizione civile e penale sugli stranieri residenti in Egitto.

Inoltre, se è vero che il tentativo di riforma del sistema giudiziario di Pascià, portato a termine, trascinò con sé gravi problemi politici di relazioni internazionali, l'a. sostiene che però questa prova, che intendeva percorrere un cammino di riforma nel solco del sistema giudiziario europeo, e che voleva introdurre il diritto commerciale francese e soprattutto i tribunali misti, separando la magistratura dall'amministrazione, rese evidente alle Potenze la loro irriducibilità politica al dialogo, nonostante l'istituzione di commissioni internazionali, e le pressioni interne al modo dei giuristi. Nuzzo sottolinea infatti il tratto culturale diverso dei giuristi italiani rispetto ai loro collegi europei.

---

(6) Tra il '51 e il '60 vengono introdotti un codice di commercio su modello francese e poi un codice di procedura commerciale, tribunali correzionali competenti per i processi penali le cui parti avessero nazionalità differente e una legislazione in cui si riconosceva ai cittadini stranieri il diritto di possedere immobili e il valore legale della testimonianza di un cittadino cristiano contro un musulmano.

Emerge, crediamo, quella forte convinzione, rimasta minoritaria, di Mancini che la costruzione di una giurisdizione mista fosse un banco di prova irrinunciabile e veicolo della civiltà che passava attraverso i regolamenti giudiziari e la codificazione a differenza, ad esempio, degli interventi piuttosto politicisti a riguardo di Martens. Inoltre l'impegno italiano diretto nei tribunali e nella stesura dei regolamenti e dei codici è certamente eloquente.

Sforzo, quello italiano, compreso bene, crediamo, da Rolin-Jaequemyns, quando scriveva di doppia natura del tribunale misto, indigena e internazionale.

Anche perché, come sosteneva Dudley Field, il *transfert* di tutto il sistema giusinternazionale occidentale non appariva attuabile e quindi i tribunali misti garantivano quantomeno la pratica di quelle procedure speciali molto funzionali ai cittadini americani e europei; casomai vi era un problema di efficacia della protezione dei cittadini europei (p. 208).

Più "pragmaticamente", però, l'a. sostiene non a torto, che la forza di questi tribunali e anche dei codici misti — giudicati in ogni caso da Anzilotti una mostruosità giuridica — fosse riposta nel fatto che offrivano una risposta alla questione orientale e non mettevano in discussione la rappresentazione unitaria del diritto internazionale occidentale, che era il vero cuore, in fondo, del problema.

Il dibattito sui tribunali misti accrebbe d'intensità nella seconda metà degli anni ottanta. Ne emerse un confronto complesso al quale parteciparono Twiss, Martens, Kamarosky e Bulmericq, i quali non trascurarono di toccare anche la questione cinese. Infatti, oltre alle proposte dei giusinternazionalisti di adeguamento al modello europeo continentale dei gradi di giudizio (anche fino ad una possibile Cassazione), vi era la convinzione teorica che i tribunali misti potessero, a differenza di quelli consolari, da una parte rispettare la sovranità dei paesi orientali e dall'altra creare i presupposti per la costruzione di istituzioni giudiziarie che rispettassero gli accordi o le convenzioni internazionali. E questo proprio perché la compenetrazione tra procedure di tradizione mista e i giudici occidentali avrebbe garantito un legame tra i paesi orientali e le potenze occidentali (p. 219). Del resto in Cina una giurisdizione mista era già presente a Shangai dal 1863 (7).

Nonostante il fallimento di molte proposte dell'*Institut*, verso la fine del secolo, quando con la scoperta del Congo si avviò inarrestabile lo *scramble*, cioè la colonizzazione dell'Africa, proprio l'azione politico-culturale dell'*Institut* fondata sulla rivendicazione del diritto internazionale come sapere scientifico, fondato sulla coscienza delle nazioni si rivelò, secondo l'a., in grado, non senza problematicità rilevanti, di

(7) Molto interessanti le proposte sulla riforma dei tribunali misti in Cina di Ferguson a p. 220.

canalizzare le pretese di colonizzazione europee all'interno di un quadro giuridico concettuale, quantomeno strutturato.

In sostanza bisognava pensare alla giustificazione della conquista, ma anche alla definizione di quello che poteva essere uno spazio ritenuto anomico, che però era necessario inserire all'interno dell'ordine internazionale, insieme ai rapporti con le popolazioni indigene, senza trascurare, sul piano politico, che l'Europa considerava un compito altamente morale ricondurre il continente africano entro i confini della civiltà.

Per i giuristi tutto questo significava, tradotto, una riflessione sulla compressione della sovranità, sull'applicazione del principio di extraterritorialità, sulla dilatazione della competenza della giustizia consolare e sulla personalità giuridica degli stati considerati "semicivili".

Certamente uno dei primi banchi di prova della colonizzazione massiva fu quello del progetto di Leopoldo II del Belgio, il quale mise in campo un'azione politico-internazionale (8) e poi commerciale significativa e all'a. offre un caso davvero straordinario della complessità della colonizzazione.

Intanto il tentativo del monarca belga rende evidente la dinamica dell'azione di acquisizione dei diritti di sovranità reputati necessari al processo di colonizzazione, attraverso la stipulazione di contratti con le tribù congolesi, ma anche le forti esigenze di occupazione dei territori ceduti, messi sotto protezione e, in alcuni casi (Foce del Congo), in contrasto anche con le pretese di alcune ex Potenze coloniali come il Portogallo, che rivendicava diritti di scoperta (p. 227) (9).

Inoltre, questo caso mostra la complessità dei rapporti e dei conflitti anche con altre potenze coloniali (come la Francia) che approdano alla formazione di istituzioni stabili di carattere internazionale come la commissione mista per la regolamentazione della navigazione, della polizia e della sorveglianza del fiume Congo.

La scienza giusinternazionalistica si esercitò molto sulla situazione congolese. L'introduzione del protettorato internazionale, la "neutralizzazione" di tutto il territorio congolese (10), l'affermazione del diritto per le società private di acquisire la sovranità sui territori indigeni sono i temi e i problemi, nello stesso tempo, della colonizzazione, ma soprattutto della costruzione teorica dell'acquisto e del-

---

(8) Prima organizza a Bruxelles la Conferenza geografica nel 1875, poi anima l'*Association Internationale Africaine* nel 1876 e poi l'*Association Internationale du Congo* nel 1878.

(9) Cfr. il trattato anglo-portoghese di Londra nel 1884 che ammetteva la sovranità del Portogallo e, nello stesso tempo, garantiva la libertà di commercio e di navigazione nel territorio e lungo il corso del Congo e lo Zambesi.

(10) A questo riguardo, risultano interessanti, per l'articolazione del pensiero giusinternazionale, gli interventi di de Laveleye e di Moynier di p. 229.

l'esercizio dei diritti sovrani anche da parte di soggetti privati. In questo caso l'a. evidenzia la consapevolezza dei governi e dei giuristi che l'eccezionalità africana richiedesse una soluzione in termini giuridici fuori dal diritto delle genti e dal diritto internazionale fino ad allora pensato (Twiss).

La trasformazione del territorio congolese in uno "spazio civilizzato" passava attraverso la definizione di strumenti giuridici che si scontrava con le esigenze e gli interessi degli Stati.

Il confronto sul principio di effettività che supera l'endiadi neutralizzazione e libera occupabilità segna in maniera chiara lo sforzo teorico. Infatti, con l'introduzione (artt. 34 e 35 del Trattato berlinese) di tale principio si avanzava l'idea, seppure contrastata duramente dall'Inghilterra, che l'azione di occupazione di un territorio possedesse una sua legittimazione dal momento che garantiva gli obiettivi di pace, civiltà e sviluppo.

Quegli articoli attribuivano inoltre agli Stati la possibilità di scegliere tra due strumenti di intervento per il controllo del territorio e delle popolazioni africane ad "intensità diversa": la convinzione dell'assenza di sovranità statale che rendeva *nullius* il territorio africano — legittimandone l'occupabilità — e la possibilità di stringere relazioni diplomatiche e quindi di stipulare trattati di protettorato con le popolazioni che occupavano quei territori (modello belga, diciamo).

Gli articoli del trattato berlinese menzionati erano comunque un punto d'arrivo di un lungo dibattito che darà alimento alla costruzione del cosiddetto diritto coloniale attraverso — e lo mostra bene l'a. — l'enfatizzazione della radice del concetto di dominio nel diritto naturale, prima ancora che in quello civile (a cominciare da Vitoria e Gentili) e implicitamente l'irrobustimento del concetto di *res nullius*, che renderà l'occupazione una modalità legittima di acquisto della sovranità. Ma era anche necessario, però, approdare alla separazione del piano giusprivatistico da quello giuspubblicistico; in sostanza alla disgiunzione della proprietà privata (diritto naturale riconosciuto) dal diritto di sovranità.

Il Congresso di Berlino sancì allora che le tribù africane non potevano essere considerate nazioni, o Stati, e quindi che gli accordi stipulati con i capitribù non potevano essere qualificati come trattati proprio perché la controparte apparteneva ad una "umanità marginale del diritto positivo" (p. 248). Questo tolse il diritto all'esistenza di cui godevano tutti gli esseri umani, negando agli indigeni un potere sovrano sul proprio territorio, perché privi di una stabile organizzazione sociale. Quindi, le Potenze riunite a Berlino non riconobbero neppure il potere di rappresentanza politica dei capitribù.

Da questo punto di vista il dibattito di quel decennio ritornò spesso sulla concessione o meno di un carattere statale delle tribù, sulla tutela giuridica dei nativi e sul diritto delle popolazioni indigene, ma queste linee di riflessione non evitarono di accettare, in qualche modo,

che i nativi fossero considerati in una condizione ibrida: da un parte non potevano considerarsi al di fuori della comunità internazionale, perché in possesso del diritto all'esistenza, ma nello stesso tempo non potevano essere considerati suoi membri. Il diritto internazionale occidentale non era nelle condizioni di riconoscere i diritti delle tribù indipendenti, perché questo significava porsi in contrasto con la storia stessa del diritto internazionale.

Però, come legittimare l'occupazione attraverso la costituzione di un protettorato, ormai tipico strumento di colonizzazione? Ancora una volta, il dibattito teorico ritornava sul concetto di *terra nullius*. Su questo nodo l'a. mostra le difficoltà dei membri dell'*Institut* di fronte all'insistente richiesta di legittimazione dell'occupazione da parte degli Stati; difficoltà che dividevano i giusinternazionalisti tra coloro che ammettevano il riconoscimento di qualche diritto di sovranità alle popolazioni africane (Bonfils, Jéze, Pradier Fodéré) e coloro che non ne accettavano la soggettività internazionale e quindi implicitamente non approvavano l'efficacia dei trattati. Casomai ne riconoscevano qualche effetto politico o il conferimento di qualche titolo morale.

Su queste coordinate di riflessione, quindi, si inseriva la configurazione del protettorato coloniale che nasceva da un "*transfer* in terra africana dal protettorato internazionale, che era un istituto del diritto delle genti ben conosciuto", in cui il territorio protetto non conservava, però la personalità giuridica e il pieno controllo del territorio (p. 258), superando in questo modo, suggerisce l'a., l'antinomia tra autonomia e subordinazione.

Su questo processo costitutivo intanto pesava sempre la valutazione sul grado di civiltà raggiunto dalle popolazioni indigene.

Il superamento, in qualche modo, delle criticità fino ad ora descritte venne portato a compimento, quando i numerosi accordi tra le Potenze coloniali, dall'86 al '94, ridisegnarono la geografia africana e introdussero la legittimazione politica del principio "sfera di influenza" (*hinterland*), sconosciuta al diritto internazionale, su dei territori integralmente affidati alle decisioni economiche e politiche dello Stato nel cui raggio d'azione appunto ricadeva.

Con l'inserimento nei trattati del concetto di "sfera di influenza", entro la quale si poteva svolgere l'azione coloniale dei contraenti, si creava un "nuovo spazio" definito contrattualmente, che non permetteva l'acquisizione di un diritto di sovranità sul territorio, ma uno *ius excludendi*, pervaso dalla matrice dell'eccezionalità, e che quindi non si appoggiava al sostegno del diritto internazionale e forse neppure a quello coloniale.

Proprio quest'ultimo, com'è noto, costituì il tema centrale della ricerca di un grande giuspubblicista italiano, Santi Romano, il quale a più riprese si dedicò alla costruzione della autonomia scientifica di tale

diritto e quindi, di conseguenza anche, agli effetti dell'espansionismo coloniale sulle strutture dello Stato liberale e alle relazioni giuridiche con le popolazioni africane.

La "profonda alterità" delle colonie, sosteneva Romano — pervase da arretratezza culturale, da *standards* europei di statualità non soddisfacenti, immerse in un tempo differente da quello della madre patria, territori frammentati — confinava lo spazio coloniale nella categoria degli aggregati, delle appendici, che le rendeva però sempre oggetto di un diritto reale di natura pubblicistica. Per questo motivo Romano riteneva che la colonia fosse parte del territorio dello Stato, sebbene in una condizione di « perpetua provvisorietà » (p. 273), ma non uno spazio esterno come rivendicavano, ad esempio, i giuristi tedeschi per i protettorati africani del loro Stato. Il territorio era il minimo comun denominatore che rendeva possibile la coesistenza tra gli ordinamenti giuridici della "metropoli" e quelli delle colonie.

Tesi queste che vennero successivamente ripensate dallo stesso Romano (11). Egli da una parte scardinò la teoria del territorio come minimo comun denominatore degli ordinamenti giuridici e dall'altra riconobbe allo Stato la capacità di assumere due forme differenti: costituzionale nella metropoli e patrimoniale nelle colonie.

Questo presupponeva la costruzione di un rapporto tra Stato e territorio coloniale su due livelli, nazionale e coloniale appunto, in cui però, e qui sta lo scarto, la "temporalità" distinta delle colonie ammetteva l'esistenza di un ordinamento giuridico diverso, consentendo allo Stato di riconoscere un diritto reale pubblicistico sul territorio coloniale — con evidenti ricadute anche sul problema della "soggettività sospesa" tra cittadino e straniero del suddito coloniale — e una dilatazione delle competenze dell'esecutivo.

La crescita di tali competenze diventò assai chiara quando il pretesto politico dell'extraterritorialità delle colonie venne brandito, sostiene con notevole e condivisibile forza l'a., per sottrarre al parlamento poteri di intervento e l'"eccezione" coloniale si trasformò in un metodo e un modello di repressione.

LEONIDA TEDOLDI

(11) Nel saggio *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, (1902).

STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012 (*).

Recensire un libro di questo genere è davvero un'impresa. Lo è per lo meno nel mio caso. Il volume è infatti lo specchio di Stefano Rodotà, e quindi parla delle tante e innumerevoli cose di cui si è occupato, e si sta occupando. Tentiamo una sommaria elencazione. C'è intanto l'originaria, e permanente, matrice che potremmo chiamare della costituzionalizzazione del diritto civile, che ha visto impegnato Rodotà fino dai suoi esordi — come ricordava Paolo Grossi nel presentare recentemente, qui a Firenze, un volume di Guido Alpa — e vi sono poi tutte le piste che Rodotà ha in seguito imboccato e felicemente percorso, anche con impegni istituzionali, in prima persona. Basterà qui ricordare le corrispondenti parole-chiave: riservatezza, autodeterminazione, identità. Ed ancora: c'è un'acutissima sensibilità per l'impatto delle nuove tecnologie nella vita individuale e collettiva, per i rischi che esso comporta, e insieme per le potenzialità che offre. Ed infine: c'è la questione della sovranazionalità, dell'esplorazione che il giurista compie oltre i confini dello Stato nazionale, in modo particolare sul piano europeo. Rodotà è stato ed è tutto questo, e il libro riflette puntualmente questo universo culturale, così ricco e così complesso.

Chi ha il timore di perdersi — come nel mio caso — tende d'istinto ad imboccare il sentiero che gli è più familiare, più noto, come per rassicurarsi. Il sentiero che per me è tale è quello della *storia costituzionale*. La storia costituzionale — che qui propongo, anche con riferimento al libro di Rodotà — non è la storia delle costituzioni, non si limita cioè a narrare la genesi e l'attuazione di un certo testo di rilevanza costituzionale. La storia costituzionale è anche — e direi anzi soprattutto — storia della *cultura costituzionale*, e nello stesso tempo storia della *esperienza costituzionale*, nella dimensione della effettività. Se si parla di diritti — come nel caso di Rodotà — è storia del modo di concepire, d'intendere, i diritti, all'interno di una società storicamente data, e nello stesso tempo storia del modo di garantire quei diritti, all'interno di quella medesima società. A monte, troviamo il contesto culturale complessivo, che orienta l'interpretazione della costituzione in una certa direzione, e la collocazione dei diritti in una certa posizione, a valle troviamo la dimensione degli strumenti di concretizzazione dei principi costituzionali, che in materia di diritti vuol dire il piano delle

(*) Il testo che segue è la fedele riproduzione dell'intervento tenuto in occasione della presentazione del libro di Rodotà, a Firenze, nell'àmbito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto privato europeo (Istituto Italiano di Scienze Umane, 1° marzo 2013).

garanzie. La storia costituzionale tenta per l'appunto di tenere uniti i due piani, le idee e gli strumenti.

Ebbene, a me piace pensare — e questa è la mia proposta di lettura — che il libro di Rodotà sia in questo senso un libro di storia costituzionale. Più precisamente è un libro che narra una *trasformazione costituzionale*, quella trasformazione che interessa il nostro presente, la nostra immediata contemporaneità. Il libro è totalmente immerso in questa immediatezza, in questa contemporaneità, e qualcuno quindi potrà reputare singolare il qualificare "di storia" un libro di questo genere. Ma per me è "di storia" anche il libro che guarda al presente immediato in modo consapevole della sua *storicità*, compiendo cioè in proposito due operazioni essenziali: individuare la sua peculiarità rispetto al passato, e nello stesso tempo scorgervi i segni di qualcosa che sta accadendo su un piano non occasionale, non episodico, su un piano più profondo, nella dimensione che io chiamo della *esperienza costituzionale*. Come si sarà già capito, la mia ipotesi è che in tale dimensione si stia sviluppando un processo di trasformazione costituzionale, e che il libro di Rodotà nasca in questo clima, nasca cioè dalle preoccupazioni, e anche dalle aspettative, che la trasformazione ha suscitato e sta suscitando.

Poiché una cosa deve essere chiara, come lo è per Rodotà: la "costituzione" che è in gioco, che va mutando la sua forma, non è solo la Costituzione italiana, o un'altra qualsivoglia Costituzione positivamente intesa, ma è, in un senso assai più profondo e radicale, la "costituzione" in quanto tale, come legge fondamentale del paese, nella forma che essa aveva assunto in età contemporanea, prima con la Rivoluzione e poi con la grande svolta del Novecento, a partire dalla metà del secolo scorso. Da qui, dalla consapevolezza del valore davvero grande della posta in gioco, i due sentimenti che animano il libro di Rodotà: la preoccupazione, il timore, da una parte, nei confronti di un processo che corrode in modo sempre più evidente la solidità di quel modello cui eravamo abituati a collegare l'affermazione progressiva dei diritti, dalla Rivoluzione in poi, fino alle Costituzioni del Novecento; ma dall'altra parte, l'aspettativa, la fiducia verso quel medesimo processo, per gli esiti che può avere, anche e proprio in materia di garanzia dei diritti. Non si può qui non sottolineare — con una totale adesione, da parte mia — lo straordinario equilibrio che caratterizza il discorso di Rodotà, che è un discorso sempre temperato, entro cui il timore è sempre moderato dalla fiducia, e viceversa. Siamo mille miglia distanti da quelle visioni unilaterali, e quindi profondamente antistoriche, cui ci eravamo purtroppo abituati negli ultimi tempi: o la visione catastrofista, per cui staremmo vivendo la fine della "età dei diritti", e con essa, su un piano ancora più generale, una sorta di fatale dissoluzione della forza prescrittiva e ordinante del diritto, o il suo opposto, ovvero una sorta d'irenica evoluzione verso un modo di garanzia dei diritti tutto giurisdizionale, basato sulla immagine, e sulla pratica, del dialogo tra le

Corti, come emblema di una "età dei diritti" finalmente libera dal vizio legicentrico, finalmente realizzata. Rodotà è lontanissimo dall'uno estremo come dall'altro, dal catastrofismo come dall'irenismo. Non pensa che sia a conclusione l'età dei diritti, ma non pensa neppure il contrario, ovvero che nel nostro presente si determinino in modo unilineare e indolore le condizioni per una "età dei diritti" finalmente realizzata. Rodotà pensa storicamente e pensa quindi che il nostro presente sia come un grande laboratorio, entro cui si sperimenta quotidianamente la possibilità, tutt'altro che scontata, di una nuova "età dei diritti", diversa da quella precedente, adeguata ad un tempo storico mutato, e sempre più in mutamento.

La scommessa insita nel volume è dunque presto detta: ripensare il sistema dei diritti in un tempo storico come il nostro, tutto ripiegato sull'immediatezza, un tempo che sembra ormai incapace — come dice lo stesso Rodotà — di "grandi narrazioni". E, in effetti, i diritti storicamente si sono sempre fondati su una "grande narrazione": pensiamo a quella della legge, "narrata" per l'appunto come *ratio*, più che come *voluntas*, come atto dotato delle qualità della generalità e della astrattezza, della pubblicità, come atto fondato su un principio democratico largamente eccedente il mero principio di maggioranza. I diritti sono storicamente collegati in modo stretto a questa "narrazione" che li afferma proprio presupponendo quelle qualità della legge, e pensando quindi di proteggerli prima di tutto attraverso la riserva di legge. Ma che cosa accade quando quella "narrazione" diviene palesemente sempre meno plausibile, quando la legge che abbiamo in concreto è sempre meno quella immaginata e proposta dalla grande narrazione che inizia con la Rivoluzione stessa, con il grande mito della volontà generale? Su che cosa rifondare i diritti? Si domanda Rodotà (p. 93): « davvero non abbiamo altro modo di guardare ai diritti se non con la testa volta all'indietro », come a qualcosa che ancora « resta nell'età della crisi della sovranità nazionale », « della scomparsa dei grandi soggetti storici »?

In effetti, dopo la grande narrazione della legge ne è venuta una seconda, quella della Costituzione, in particolare con le Costituzioni del Novecento. Qui i diritti si legano ad un'altra grande immagine, quella dell'*indirizzo fondamentale*. Perseguire quell'indirizzo significa attuare la Costituzione, e ciò significa, a sua volta, affermare e garantire i diritti, che sono inscindibilmente civili, politici e sociali. Ma non è forse vero che anche questa "narrazione" si è quasi bruscamente interrotta nell'ultimo quarto del secolo scorso, con l'avvento massiccio delle idee neo-liberiste, a partire dalle quali si è cominciato a considerare "inattuale" il concetto stesso della Costituzione come indirizzo fondamentale? Un concetto, anzi, sempre più ritenuto compromesso con una cultura di stampo dirigistico e statalistico, inconciliabile con i tempi nuovi, caratterizzati dal primato del mercato. Ma allora — torna a chiedersi Rodotà — orfani di "narrazioni" di quello spessore,

della legge come volontà generale, come della costituzione come indirizzo fondamentale, che ne è dei diritti? Perché, e come, essi possono e debbono rimanere centrali nella nostra esperienza costituzionale?

Il volume è interamente dedicato a rispondere a questa domanda. E la risposta non può avere altro che uno spessore di carattere storico. È legata infatti alla valutazione che deve essere data della svolta intervenuta alla metà del secolo scorso, con la fine dei regimi totalitari, con l'avvento della democrazia costituzionale. Anche a mio avviso, è da lì che bisogna ancora una volta ripartire, per comprendere in modo pieno — forse non lo si è ancora fatto fino ad oggi in modo adeguato — cosa abbia significato quella svolta nella storia del costituzionalismo. Qualcosa di profondo ha iniziato a mutare allora, nella cultura costituzionale e nel concreto dell'esperienza costituzionale. Ha iniziato a prodursi proprio quella trasformazione costituzionale di cui sopra si discorreva. Lì, entro quella trasformazione, i diritti hanno iniziato a ricollocarsi, ad acquisire nuovo significato. Si tratta di un processo travagliato, che subisce anche formidabili battute d'arresto, come nella fase — sopra nominata, ed ancora ben vitale — del primato assoluto del mercato, ma che Rodotà ritiene costituire la linea di fondo, il filo rosso della trasformazione, che ci offre finalmente la materia necessaria per la ricostruzione di una nuova "grande narrazione", adeguata al nostro tempo storico. Quella narrazione di cui i diritti rischiano altrimenti di rimanere orfani.

La linea di fondo che ricerchiamo — e che lo stesso Rodotà ricerca (p. 140 e ss.) — è rappresentabile nei seguenti termini: *dal soggetto astratto*, che è il soggetto unico di diritto posto contro la società di status e di ceto, alle origini del diritto moderno, *alla persona*, che di contro è un soggetto socialmente situato, in vario modo. È il soggetto che dispiega la sua personalità nelle formazioni sociali dell'articolo 2 della Costituzione, che chiede alla Repubblica di « rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale » che generano discriminazione di fatto, secondo la celebre formulazione del secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione, è il lavoratore titolare del diritto a ricevere un salario sufficiente a garantire « un'esistenza libera e dignitosa », nell'articolo 36 della Costituzione, ma è anche l'anziano, il bambino, il disabile, degli articoli 24 e seguenti della Dichiarazione dei diritti fondamentali della Unione Europea. Insomma, in una parola, è la *società*, con le Costituzioni del Novecento, ad aver fatto irruzione nell'algido mondo dell'astrazione, del soggetto unico di diritto.

Rodotà è ben attento a non sottovalutare il significato storico dell'astrazione nella storia del principio di uguaglianza, ma enfatizza non di meno il significato della svolta novecentesca, e in particolare proprio il dato della irruzione della società, con il suo carico di bisogni e di contraddizioni, nel recinto della Costituzione. Lo enfatizza fino al punto di coniare una nuova denominazione, o qualificazione, del

costituzionalismo, come per sottolineare la presenza di una fase nuova, cui deve corrispondere un tipo nuovo di costituzionalismo, che chiama il *costituzionalismo dei bisogni* (p. 94 e ss.). Proprio per significare che il *nuovo costituzionalismo*, che si va sviluppando a cavallo tra il secolo scorso e il nuovo secolo, tende a mettere al centro, non più solo, e non più tanto, il soggetto in quanto tale, dando così valore alla sua volontà in astratto, ma la persona, nella concretezza della sua posizione nella società, dando così valore prima di tutto ai bisogni che essa esprime, sul piano della sua stessa esistenza che la Costituzione italiana vuole — come abbiamo visto — « libera e dignitosa ».

Non è più il tempo dell'89, della Dichiarazione rivoluzionaria, che all'articolo 4 sanciva solennemente "La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri", evidentemente sul presupposto che la libertà fosse da intendere come un valore in sé, in modo indipendente dai suoi contenuti, dovunque essi ci conducano, alla sola condizione che non ledano l'uguale sfera altrui, come se la società fosse rappresentabile come un semplice meccanismo di coesistenza tra le sfere individuali. Oggi, la società che troviamo nelle Costituzioni è infinitamente più ricca di questa immagine. La norma-madre è piuttosto quella notissima contenuta nell'articolo 151 della Costituzione di Weimar, alle origini della nostra trasformazione costituzionale, che ha attraversato il Novecento (p. 232 e ss.). Così recita l'articolo in questione: « L'organizzazione della vita economica deve corrispondere ai principi di giustizia allo scopo di assicurare a tutti un'esistenza degna dell'uomo. Con questi limiti si deve garantire l'iniziativa economica individuale ». Qui, in questa logica, viene fondato il costituzionalismo dei bisogni. Esso non nega affatto il valore della libera volontà individuale e della relativa iniziativa economica, ma non la tutela più in sé, prescindendo dai suoi contenuti e indirizzi concreti. Vuole sindacare quei contenuti e quegli indirizzi, perché vuole verificare la loro compatibilità con la realizzazione dei bisogni primari di tutti, che stanno al vertice della scala dei beni costituzionalmente protetti: il lavoro, l'istruzione e la conoscenza, l'assistenza, la salute, insomma l'esistenza libera e dignitosa di cui parla la nostra Costituzione.

Il costituzionalismo dei bisogni ha in sé una strutturazione complessa. I diritti che in esso sono affermati sono diritti individuali, ma non più privati, nel senso di modellati sul calco della proprietà privata individuale. Non presuppongono più il possesso esclusivo di un bene, non si traducono più in via primaria nel potere di escludere. Sono piuttosto diritti di accesso, al godimento di beni ritenuti basilari, come l'acqua, i farmaci e le cure essenziali, e tutto ciò che è ritenuto indispensabile per l'*esistenza*, o anche Internet, e tutto ciò che è ritenuto indispensabile per la *conoscenza*. Una giurisprudenza consolidata, anche presso la nostra Corte costituzionale, considera questi — ad esempio l'accesso gratuito alle cure essenziali e indispensabili — diritti fonda-

mentali della persona, che sono attribuiti a tutti, e che quindi non possono essere riservati ai soli cittadini in senso statale e nazionale (1). Si noti come in questo caso il riferimento alla persona funzioni in senso universalizzante, proponendo così un secondo punto di rottura degli argini che tenevano al riparo il tradizionale modello costituzionale, di stampo statal-nazionale, e il suo diritto codificato in modo sistematico a partire dal principio del soggetto unico di diritto. In effetti, quel riferimento alla persona opera su un duplice piano: da una parte avvicina la materia dei diritti alla realtà sociale, alla concretezza dei bisogni che la società esprime, dall'altra svincola quella materia, e quei diritti, dal monopolio statale. Quando si abbandona l'astrattezza formalistica del soggetto unico di diritto si abbandona anche il monopolio dello Stato sul diritto, poiché le due cose vanno storicamente insieme, e quindi insieme decadono. Nello Stato costituzionale odierno i diritti debordano dunque necessariamente due volte: la prima uscendo dalla astrazione del soggetto unico di diritto, per far valere la specificità delle condizioni sociali, e la seconda rompendo il monopolio statale, per essere riconosciuti indipendentemente dalla cittadinanza in senso statal-nazionale, come espressione di principi ritenuti intangibili, che riguardano la persona in quanto tale.

Ora, Rodotà sa bene quali sono le obiezioni che si possono muovere al suo costituzionalismo dei bisogni e delle persone. Le prime provengono dall'eterno e sempre ricorrente scetticismo nei confronti dei cosiddetti "diritti di carta", proclamati solennemente e poi abbandonati nel mare grande delle dichiarazioni programmatiche. In effetti, se si muove dal dato storico della crisi del modello statal-nazionale, non si può non esprimere preoccupazione per la sorte dei diritti e, in particolare, per il momento della garanzia che siamo abituati a legare a quel modello, ovvero alla presenza di un sistema ordinato di riserve di legge e di giurisdizione, culminato poi — secondo una certa ricostruzione — alla metà del secolo scorso nell'istituzione del controllo di costituzionalità. Ma proprio qui, su questo delicatissimo punto, può valere l'invito che il volume contiene: *immergere i diritti nella storia*, sapendo che ogni epoca produce una sua cultura dei diritti, un suo modo di garanzia dei diritti. Quello statal-nazionale è quello che

(1) Sul punto, rinvio a M. FIORAVANTI, *Le trasformazioni della cittadinanza nell'età dello Stato costituzionale*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), p. 427 e ss. Il tema è straordinariamente complesso, implicando il determinarsi di una cittadinanza "costituzionale" (intesa come comunanza di titolarità di diritti della persona garantiti dalla Costituzione) cui si appartiene in modo indipendente dalla nazionalità; una cittadinanza che convive però — ad esempio in materia di criteri per l'attribuzione del diritto di voto — con quella tradizionale cui si appartiene esclusivamente su base statal-nazionale.

conosciamo di più, ma neppure quel sistema può aspirare all'universalità. Anch'esso è storicamente determinato, tanto che oggi ne scopriamo sempre più i limiti e le contraddizioni. La trasformazione in corso ci sta portando oltre, generando anche ansia e incertezza, ma non per questo ci abbandonerà necessariamente su una spiaggia deserta. Bisogna piuttosto essere capaci di cogliere nel presente i segni di qualcos'altro che sta nascendo, che non possiamo dispregiativamente considerare "di carta" per il fatto stesso che non corrisponde ai modelli dati. Pensiamo piuttosto che i diritti all'inizio sono sempre "proclamati", per conquistare poi, per le vie tortuose della storia, la loro normatività: pensiamo sotto questo profilo alla vicenda novennale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalla proclamazione di Nizza al riconoscimento di Lisbona, o anche alla nostra vicenda nazionale, relativa al valore normativo dei principi cosiddetti "programmatici" della Costituzione. Guai se in questi casi non fossimo stati capaci in materia di diritti — come Rodotà dice — di « guardare lontano, di frequentare il futuro » (p. 76).

Un punto rimane critico. Qualcuno pensa, in materia di garanzia dei diritti, ad un ruolo praticamente esclusivo della giurisprudenza. Pensa cioè ad un rinnovato ruolo dei giudici, così ampio da rendere sempre meno centrale la funzione della legge. A questo proposito, Rodotà ha ritenuto di poter prendere in considerazione, nel suo volume, un mio lavoro nel quale ricostruivo la giurisdizione e la legislazione come due modi paralleli di concretizzazione dei principi costituzionali, che definivo equiordinati (2). Dunque una strutturazione del modello costituzionale che riportava in primo piano la giurisdizione, mettendola a contatto diretto con il precetto costituzionale, superando così l'antico primato del legislatore, e soprattutto spezzando il monopolio del legislatore nel processo di attuazione della Costituzione. Nel tempo, sono però anche andate crescendo le voci dissenzienti nei confronti di questo costante ampliamento del ruolo della giurisdizione, e tendenti perciò a sottolineare la necessità permanente di un ruolo centrale del legislatore. Rodotà prende posizione sul punto, e risponde in proposito nel seguente modo: « Non si può restituire al legislatore un trono che non esiste più » (p. 50). Mi pare che la frase racchiuda con straordinaria efficacia il senso della nostra vicenda. In effetti, il trono del legislatore non è

(2) La tesi era stata avanzata in occasione di un Convegno Linceo (M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *La Costituzione ieri e oggi*, Atti dei Convegni Lincei. Roma, 9-10 gennaio 2008, Roma, Bardi, 2009, p. 21 e ss.) e poi ripresa nel testo richiamato da Rodotà nel suo volume (p. 55), M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di Id., Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 32.

stato usurpato, tanto meno da parte dei giudici. È accaduto molto di più. È che non c'è più il trono. Il governo della società, e la stessa garanzia dei diritti, sono infatti oggettivamente divenuti infinitamente più complessi, e si realizzano nell'ambito di un processo, che vede compartecipi, e compresenti, legislazione e giurisdizione. Noi oggi abbiamo bisogno di prendere atto di questa complessità sul piano storico, in modo da avviare una nuova alleanza tra legislazione e giurisdizione. Non abbiamo invece bisogno di litigi per il trono, di antistoriche rivendicazioni di primati. Nello stesso tempo, però, non si può e non si deve accettare questa complessità in modo acritico, adagiandosi su di essa, e magari considerandola irrealisticamente come un porto sicuro, posto fuori dal conflitto, come qualcosa capace in sé di auto-ordinarsi. I diritti, infatti, non sono più una materia esclusivamente legislativa, ma non per questo divengono in modo altrettanto esclusivo materia dei tribunali. Dietro ai diritti rimangono sempre e comunque i conflitti sociali, le decisioni, le scelte, in una parola la politica. Lo pensa anche Rodotà. Mi congedo perciò con una sua frase semplice, quasi disadorna: « i diritti divengono deboli perché la politica li abbandona » (p. 104).

MAURIZIO FIORAVANTI

FILIPPO RUSCHI, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2012.

Nell'ámbito degli studi italiani sul pensiero di Carl Schmitt, il libro di Filippo Ruschi *Questioni di spazio* costituisce una riflessione su uno dei temi lasciati incompiuti dal giurista tedesco: quello del rapporto tra terra e mare. Vero è che, con il *Nomos della terra*, Schmitt aveva iscritto la tensione terra/mare nella definizione dello *jus publicum Europaeum* e nella comprensione degli equilibri internazionali propri della storia moderna europea. Eppure, Schmitt stesso ha indicato, sino all'ultimo, come il senso di quell'originaria opposizione tra elementi sfuggisse a questa spiegazione, come esso significasse comunque qualcosa di sempre differente, rimando ad un ordine diverso da quello giuridico e politico. L'aggiunta del 1981 alla riedizione di *Terra e Mare* si spiega in questi termini: « lascio all'attento lettore », scriveva Schmitt, « il compito di cogliere nelle mie considerazioni l'inizio di un tentativo » di sviluppare il § 247 dei *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Il rapporto tra terra e mare, in altri termini, non si risolve nella teoria giuridica del *nomos*. Esso implica, piuttosto, una riflessione « sulla storia del mondo ».

Il saggio di Ruschi si inserisce all'interno di questa riflessione, nel tentativo di decifrare quel rapporto a partire non dalla modernità, ma dall'« autunno del medioevo » (p. 13). Questo riferimento ad un tempo diverso, tempo « altro », tempo « in anticipo » rispetto a quello dello *jus publicum*, ci permette due considerazioni fondamentali.

Ruschi non segue Schmitt, ma tenta di precederlo, ed è in questo essere "fuori tempo" che tutti i termini schmittiani perdono il loro significato "moderno" o "classico", e si preparano ad una ridefinizione. Terra e mare non sono più, infatti, il fondamento di senso di ciò che Schmitt definirà nel *Nomos della terra*, ossia del diritto internazionale globale moderno. Diventano, invece, nuovamente simboli, di fronte ai quali, scrive Ruschi, non può che adottarsi « il linguaggio del mito » (p. 16), che svela le « modalità più segrete dell'essere » (M. Eliade). Ruschi, pertanto, non interpreta le categorie di spazio elaborate da Schmitt, ma le spezza, le priva dei riferimenti storici e politici cui lo stesso Schmitt le aveva, con il *Nomos della terra*, significate. Occorre, sembra dire Ruschi, iniziare un nuovo processo di apprendimento, di decifrazione, di scrittura dei due *elementi* di terra e mare, perché è a tale processo che Schmitt ha inteso, in realtà, rinviare.

Questa osservazione contribuisce anche a chiarire il carattere erudito, enciclopedico e politecnico del testo di Ruschi. Egli non scarta materiale, ma lo accumula, non interpreta segni, ma tenta di produrli. Questo tentativo ha un asse storico-politico centrale: il trattato di Tordesillas, sottoscritto il 7 giugno 1494, con cui Spagna e Portogallo realizzarono la divisione e spartizione dello spazio extraeuropeo. Ruschi decifra, allora, il sistema delle *rayas*, ne segue i rimandi e ne svela l'escatologia — ed i limiti — ad esso sottesa (la prospettiva della "fine della storia", pp. 228-249).

Sarebbe, tuttavia, improprio pensare che il testo di Ruschi costituisca un'analisi dell'opposizione schmittiana tra terra e mare nella formazione e crisi dell'ordinamento medievale della *respublica christiana*. E ciò in quanto Ruschi non ci pone davanti ad un'interpretazione del pensiero di Carl Schmitt, ma ad un processo che, a partire dagli elementi messi in gioco da Schmitt, tenta di creare altri segni, nuovi e diversi da quelli che Schmitt stesso ha organizzato nel *Nomos della Terra*. Per questa ragione il libro di Ruschi ha un contenuto essenzialmente "mitico". Come scriveva Bacone, le scienze si trovano nella stessa condizione degli alberi: colui che vuole usare la legna, non deve certo prendersi cura delle radici. A Ruschi la legna non sembra interessare: egli, piuttosto, si adopera per assicurare all'albero una nuova crescita in una terra diversa. E, per farlo, taglia la corona e trascura il tronco, ma salva la radice.

TOMMASO GAZZOLO

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011.

Il libro, nato da una ricerca che l'A. ha svolto nel corso del suo dottorato presso l'Universidade Autonoma de Madrid, si concentra sul tema della nascita e dell'affermazione della categoria della responsabilità disciplinare del giudice avvenuta in Spagna dal 1834 al 1870 (1).

Punto di partenza, dunque, il 1834. In quell'anno si ebbe, infatti, l'adozione di una carta ottriata, l'*Estatuto Real*, e, poco dopo nel 1835, l'emanazione del *Reglamento provisional para la administración de justicia*, in cui si raccoglieva e ordinava l'ordinamento giudiziario all'epoca vigente nella Spagna peninsulare. Il *Reglamento provisional*, che rappresentò il testo normativo di riferimento in materia di giustizia fino al 1870, non provvedeva a definire i diversi tipi di responsabilità del giudice, ma si limitava a stabilire una generica responsabilità per la violazione dei doveri previsti, tra i quali sussistevano anche funzioni politiche, di governo del territorio e di controllo dell'ordine pubblico che continuavano ad essere attribuite alla magistratura. Allo stesso tempo, nell'ambito delle Cortes, era proclamato il principio dell'indipendenza del magistrato, garantito dall'affermazione dell'inamovibilità (p. 225 e ss.).

Fino a metà dell'800 la responsabilità del giudice era dunque solo giurisdizionale, vale a dire "comune", sulla base del modello dell'*Ancien Régime*. In pratica, la responsabilità si esprimeva in un giudizio, cui il magistrato, che avesse violato i doveri connessi all'esercizio delle sue funzioni, era assoggettato al pari di un soggetto privato, sia in campo civile sia in quello penale. Insieme a questo, sussisteva già allora un altro ambito di controllo discrezionale dell'attività giudiziaria, quello disciplinare interno alla corporazione, demandato ai superiori gerarchici (al disopra di tutti il *Tribunal Supremo*), e, in definitiva, al monarca, da cui la magistratura dipendeva (p. 24).

In tutta Europa il passaggio dalla responsabilità professionale a quella disciplinare avvenne con gradualità e — come hanno evidenziato Alessandro Giuliani e Nicola Picardi nell'opera più importante in questa materia (*La responsabilità del giudice*) — rappresentò la spia di cambiamenti anche costituzionali più complessi. Nel corso dell'800, si

(1) Su questo tema cfr. della stessa A., *Le responsabilità del giudice in Spagna: una ricognizione storico-giuridica (1834-1870)*, « Il Giornale di storia costituzionale », 23, (2012), pp. 141-156.

passò dal modello prussiano del secolo precedente, in cui il giudice era un funzionario del re sottoposto a forme di controllo interno e godeva di una forma di immunità rispetto alle parti (*Richterprivileg*), a quello di matrice francese, in cui l'ordinamento della magistratura tendeva verso forme di tipo burocratico (2).

In Spagna il vero cambiamento avvenne, dapprima, con la esternalizzazione del processo disciplinare dall'ambito interno dei tribunali a quello giurisdizionale, e, poi, da questo alla sua conversione « nella categoria principale della responsabilità giudiziaria », quella responsabilità disciplinare « grande invenzione » del secolo XIX (p. 24).

La frattura si sarebbe verificata nel 1845, quando nella nuova Costituzione fu affermato il principio della separazione dei poteri, tradotto in una delimitazione degli ambiti tra "giustizia" e "amministrazione", sia pur tenendo presente come, in realtà, continuassero a convivere in ciascun ministero una pluralità di apparati amministrativi e giudiziali (p. 231 e ss.) (3). Da questo momento, iniziava, in realtà — come emerge con chiarezza dall'accurata ricerca dell'A. — una vera e propria "espropriazione" dello spazio giudiziario a favore di quello amministrativo, basata sulla pietra angolare della responsabilità ministeriale da cui discendeva tutto l'impianto gerarchico. Nell'ambito di questo processo, furono trasferiti al *Ministro de Gracia y Justicia* i poteri sui magistrati ordinari in precedenza esercitati dal re.

Uno dei meriti del libro è il tentativo (riuscito) di spiegare come, tra il 1845 e il 1869, si sia pervenuti al mutamento: non con un atto normativo concreto, né con riforme radicali, ma tramite una riconsiderazione e rimodulazione dell'ambito del "giudiziario". In primo luogo attraverso la concessione dell'immunità ai propri impiegati da parte del *Ministerio de Gobernación* (il Ministero dell'interno) rispetto al giudice ordinario, che ora doveva chiedere un'autorizzazione (*aforamiento*) per sottoporli a un giudizio. Così si realizzò in pratica una sottrazione.

In secondo luogo, fu determinante la giurisprudenza del *Consejo Real* (poi *de Estado*), che, con le sue decisioni in materia di competenza nei conflitti tra il contenzioso amministrativo e il foro comune, provvide a limitare il campo dell'azione giudiziaria, affermando perlopiù la responsabilità degli impiegati esclusivamente davanti al proprio apparato amministrativo (pp. 231-234). Si affermò, quindi, la nozione che la responsabilità esistesse quasi solo all'interno della catena gerarchica di

---

(2) A. Giuliani-N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. XI e 93.

(3) Sul punto si cfr. anche F. Martínez Pérez, *Venti anni di storiografia spagnola*, in « Le Carte e la Storia », 1 (2005), pp. 17-32.

comando, fino ad arrivare a quella, finale, del ministro davanti al monarca: la nascita della categoria "responsabilità disciplinare" presupponeva, infatti, quella di "apparato amministrativo" dotato di potere sanzionatorio e di "pubblico dipendente" con uno statuto differenziato rispetto ai privati (p. 332).

Tutto ciò incise in modo rilevante nella costruzione della responsabilità disciplinare degli stessi giudici. In seguito alla riforma introdotta dal *Ministerio de Gobernación*, infatti, anche il *Ministerio de Gracia y Justicia* provvide a fornire un'analoga protezione ai suoi dipendenti, contribuendo a costruire uno status differenziato dei giudici del foro comune, incentrato anche su un diverso regime della loro responsabilità. Così si utilizzò un istituto risalente alla fase costituzionale del 1837: l'*antejuicio*, secondo cui ogni accusa mossa ad un giudice doveva essere preliminarmente valutata dal *Tribunal Supremo*, per determinare se si dovesse procedere a reprimere i comportamenti nel foro interno o davanti alla giurisdizione dei tribunali. Rispetto al passato, però, la costruzione del nuovo apparato amministrativo comportò l'assorbimento da parte del ministro di *Gracia y Justicia* del potere disciplinare degli organi della magistratura.

> Il ministro si collocò al vertice della struttura interna del potere giudiziario (cioè, al di sopra del *Tribunal Supremo*) concentrando nelle sue mani tutti i poteri di autogoverno della magistratura in precedenza esercitati in modo diffuso dai superiori nei confronti dei sottoposti nell'ambito dei singoli uffici e dagli uffici sovraordinati nei confronti di quelli sottordinati. In questo senso, l'organizzazione del *Ministerio de Gracia y Justicia* come apparato amministrativo gerarchizzato fu parallela — se non consequenziale — al processo di assorbimento e centralizzazione del potere disciplinare, in precedenza esercitato in modo diffuso da istanze intermedie quali gli *juzgados*, le *Audiencias* ed il *Tribunal Supremo* (pp. 148-149).

Mi sembra questo il nodo essenziale dell'analisi dell'A., che si concentra non solo sulla costruzione teorica della categoria, ma sulle "strategie" messe in atto dal Ministero (e anche, per altro verso, dal *Consejo de Estado*) per attuare il vero e proprio processo di trasferimento del potere disciplinare che si svolse tra il 1845 e il 1870. La lente è dunque puntata sulle pratiche giudiziali e amministrative, sulle norme infra-legali, nonché sulla "categorizzazione" della nuova responsabilità, avvenuta peraltro anche con atti normativi veri e propri (come, ad esempio, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1855). I capitoli quarto e quinto, sono dedicati, rispettivamente, al passaggio « de la disciplina judicial a la responsabilidad del juez » dal punto di vista dei « los presupuestos de la transformación » e alla costruzione della categoria della responsabilità del giudice e dei suoi « supuestos disciplinarios » negli anni tra il 1845 e il 1870 (pp. 337-468 e pp. 469-588).

Il 1870 è « el final de esta historia » — ci ricorda l'A. — perché

fu il momento in cui la responsabilità disciplinare si "individualizzò come entità" e, soprattutto, fu regolata da una legge statale elaborata dal Ministero da cui dipendeva direttamente, ormai a tutti gli effetti, la corporazione dei magistrati (la *Ley provisional orgánica del Poder Judicial*) (p. 359). Solo allora il procedimento disciplinare fu giurisdizionalizzato, diventando un processo autonomo con i suoi presupposti e sanzioni tipizzati dalla legge, fuori da qualunque carattere di giustizia domestica prima posseduto. Altri mutamenti incisero poi sulla trasformazione del giudice da *oficial de justicia* a *empleado del Ministerio de Gracia y Justicia*, come l'obbligo di motivare le sentenze che accentuò la tecnicizzazione delle sue funzioni.

Inoltre, man mano che l'amministrazione della giustizia si trasformò in apparato, trovò la sua applicazione anche la norma che prevedeva il venir meno dell'inamovibilità in presenza dell'eclissi della "dignità della carica" o dell'offuscamento dell'"immagine pubblica" del giudice. Un altro tipo di responsabilità disciplinare si affiancò dunque a quella ordinaria, rendendo, da un lato, più forte il controllo del ministro sull'operato della magistratura, dall'altro relegando in un piano secondario la responsabilità legale (civile o penale) del giudice rispetto alle parti (pp. 685-688).

Può essere interessante, forse, domandarsi cosa avvenne nel caso italiano.

Si può dire che anche qui l'affermazione della responsabilità disciplinare andò di pari passo con l'avanzare di un modello di amministrazione della giustizia gerarchizzato, basato sulla primazia del Ministro della Giustizia e dei magistrati delle alte Corti (4). Nel Regno di Sardegna sia la legge Siccardi del 1851, sia l'ordinamento Rattazzi del 1859 — pur presentando differenze sostanziali in tema di inamovibilità prevista dallo Statuto albertino — adottarono una nozione elastica di illecito disciplinare, che fu sostanzialmente ripresa nel primo ordinamento giudiziario italiano del 1865 (5). A testimonianza della derivazione dal modello napoleonico, questa definizione, che comprendeva qualsiasi compromissione della dignità del magistrato o della considerazione dell'ordine giudiziario, riecheggiava peraltro la formula prevista dall'ordinamento francese del 1810 (6). La sua indeterminatezza favo-

(4) A Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 99.

(5) Si tratta della legge n. 1186 del 1851, del r.d. n. 3781 del 1859 e del r.d. n. 2626 del 1865. In tema, mi permetto di rinviare ad A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 61 e ss.

(6) Art. 49 della *loi n. 5351 du 20 avril 1810 sur l'Organisation de l'Ordre juidiciaire et de l'Administratione de la Justice*. Cfr. A Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 107.

riva senza dubbio la soggezione del magistrato al potere del ministro e dei superiori gerarchici.

Molto più tardi rispetto al caso spagnolo, solo nel 1908, si giunse alla definizione di responsabilità disciplinare. Fu la legge proposta da Vittorio Emanuele Orlando a provvedere a una vera e propria tipizzazione degli illeciti disciplinari (sia pure con una norma di chiusura generale), alla creazione di una rete di tribunali disciplinari con a capo un'apposita Corte suprema e alla formalizzazione di procedimento ad hoc, anche se ispirato a quello penale. La novità del nuovo sistema italiano si può racchiudere nella formula enunciata alle Camere dal giuspubblicista siciliano: "garanzie assolute, disciplina di ferro", vale a dire, inamovibilità assoluta, ma stretto controllo sull'amministrazione della giustizia. Il titolare dell'azione disciplinare restò dunque il guardasigilli, che la esercitava tramite il pubblico ministero, da esso dipendente (7).

Nella prassi l'esercizio dell'azione disciplinare prevista dalle nuove regole fu assai ridotto, mentre continuò a sussistere l'abitudine da parte del ministro di utilizzare il trasferimento di sede come strumento di punizione più efficace e immediato (8). Peraltro, il principio di autonomia del giudiziario dall'esecutivo non fu mai completamente garantito durante l'Italia liberale, mentre, in quei primi anni del Novecento, si andò affermando un modello sempre più "burocratico" di magistrato, lontano da quello più politico, espressione delle lotte risorgimentali, che aveva dominato l'800 (9).

Il tema della responsabilità dei giudici appare una spia rivelatrice del rapporto dei cittadini con l'amministrazione della giustizia, nonché del rispetto dei diritti individuali alla difesa. Come ci ricorda il bel libro di María Julia Solla Sastre, « el modelo de magistratura responsable conforma el modo de hacer justicia y de comprenderla por parte de jueces y justiciables » sino a condizionare lo sviluppo costituzionale di ciascun paese (p. 688).

ANTONELLA MENICONI

(7) Legge n. 438 del 1908.

(8) Cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 113 e ss.

(9) Cfr. P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma, Ed. dell'Ateneo & Bizzarri, 1979, p. 47 e ss.

MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Vierter Band, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990*, München, Beck, 2012, pp. 1-720.

1. Giunge in porto, con questo quarto ed ultimo volume, appena edito, la monumentale *Storia del diritto pubblico* di Michael Stolleis: un evento, tanto significativo e rilevante, che deve essere segnato *albo lapillo*. Siamo di fronte ad un lavoro ultradecennale che il lettore dei *Quaderni* ben conosce, sia perché i precedenti tomi sono stati tempestivamente recensiti nei numeri passati (rispettivamente nei voll.: 17/1988, p. 464 e ss.; 22/1993, p. 630 e ss.; 29/2000, p. 475 e ss.), sia perché, con il volume 79 della *Biblioteca* (*Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, 2008) se ne è avviata, parallelamente, la traduzione italiana; il secondo volume, *Dottrina dello Stato e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, è attualmente in corso di stampa.

Dalla pace di Augusta sino alla riunificazione, dagli inizi stessi della modernità alla globalizzazione, lungo un arco di oltre quattro secoli, il lettore può vedere ora dispiegarsi, nella sua complessità e nella sua interezza, tutto l'itinerario moderno e contemporaneo del diritto pubblico in Germania, con una ricchezza, quasi inesauribile, di temi, questioni, protagonisti, sempre colti in precisa, puntuale, dialettica con i grandi tempi della storia dello Stato, delle dinamiche costituzionali e sociali.

Ma non è su questi pregi, già acquisiti dai precedenti volumi, che merita oggi nuovamente soffermarsi.

È la novità di questo quarto volume che subito cattura l'attenzione. Ci giunge fra le mani un'opera che sposta ancora in avanti il *dies ad quem* della trattazione, oltre le colonne d'Ercole del 1945 e che intende utilizzare lo stesso metodo d'indagine, impiegato per storicità ormai lontane e definitivamente acquisite, per un presente che sembra ancora in itinere, di cui pure non si sono spenti, né la forza condizionante, né il ricordo diretto. Il volume, da questo punto di vista, più che l'opera conclusiva e finale, appare una vera e propria opera prima; un'opera che riapre i giochi, rompendo una cronologia d'indagine che sembrava ormai acquisita nella forma della trilogia e destinata quindi a chiudersi con la caduta del nazismo.

Raramente, nell'universo continentale, come in quello anglo-americano, è dato di incontrare analisi così ampie ed insieme così dettagliate, tutte concentrate nello spazio della più stretta contemporaneità.

Il contatto con il diritto positivo si fa stringente, quasi bruciante, a partire dallo stesso *Grundgesetz* e dalle norme ordinative della giusti-

zia costituzionale, sino alle grande normazioni dell'ordinamento amministrativo, dalla *Verwaltungsgerichtsordnung* alla legge sul procedimento. Stolleis non ha imbarazzi. La sua *Storia* si incunea nei meandri del presente, nei suoi risvolti di diritto positivo e giurisprudenziale, come nei grandi dibattiti dottrinali, impatta i grandi pilastri normativi vigenti, conservando tuttavia sempre, con peculiare rigore metodico, il suo compito ricostruttivo. Il colloquio con il diritto positivo si fa più serrato, il lessico non deve più misurare la propria distanza espressiva e concettuale con il mondo di ieri; si parla e si usa lo stesso linguaggio dei giuristi, ma quel colloquio continua a tessersi da punti prospettici distinti. Ed è l'indagine retrospettiva, con la sua ansia ricostruttrice, a prendere il sopravvento, ad evitare commistioni, a separare tecniche di studio.

Lo conferma, sin dal titolo, la contrapposizione tra *West* ed *Ost*, ormai irreversibilmente consegnata al passato, ma che ha innervato in profondità, scandendoli con una dorsale invalicabile, i due emisferi, rigorosamente distinti, della storia tedesca del secondo dopoguerra.

Si scopre così, subito, uno dei grandi meriti di questo quarto volume. Non ci si è rattrappiti a ripercorrere la storia del diritto pubblico nella Repubblica Federale, lungo la linea vincente della sola prospettiva occidentale; non ci si è fermati alla prima faccia della luna. C'è una faccia giuridica nascosta, ormai sepolta, in larga parte ignota allo stesso pubblico tedesco, che è vissuta intensamente al di là della cortina di ferro, per tutti i 45 anni indagati dal volume. Una faccia nascosta in cui, all'ombra di una sempre più pesante sovietizzazione delle diverse branche del diritto (p. 100), pure si è scritto e parlato di diritto pubblico; in cui sono state attive università, scuole, matrici disciplinari; in cui hanno operato schiere di giuristi, ai quali finalmente, all'esito di una impegnativa e faticosa ricerca, si dà un nome ed un volto, ed in cui tempi, contenuti, fratture, hanno avuto un percorso e scansioni del tutto diverse da quelle occidentali. Basterebbe ricordare il divieto di commentari alla costituzione del 7 ottobre 1949 o la generale disattivazione degli istituti di giustizia amministrativa e più tardi, dopo la conferenza giuridica di Babelsberg dell'aprile 1958, la negazione stessa della distinzione tra diritto costituzionale e amministrativo e l'elaborazione di un diritto unitario di *staatliche Leitung* (p. 302).

La struttura del volume finisce così per esserne intimamente condizionata. È un continuo contrappunto, questo tra Ovest ed Est, che scandisce la narrazione, quasi in due parti distinte, che si inseguono e da lontano si confrontano, spesso anche in modo ostile; ma senza alcuna possibilità di incontrarsi, senza nessuna occasione di interscambio, sino all'improvviso e rapidissimo abbraccio finale del 1989-90 e all'implosione definitiva della DDR.

La storia stessa dunque si divide. Sono due storie, diverse,

parallele e nemiche, quelle che vengono raccontate nel volume, con un taglio quasi comparatistico, anche se interno ad un territorio avvertito dall'autore, nonostante tutto, come fondamentalmente unitario, così come ne sono unitarie la lingua ed il comune passato, remoto e recente, a partire dalla stessa eredità, dannosa ed ingombrante, in entrambi gli Stati, del regime nazista.

Le due organizzazioni territoriali che, sin dalla conferenza di Potsdam dell'estate 1945 e dalla divisione in zone di occupazione, avviano l'impervia costruzione delle rispettive statualità, si presentano ormai come due « konkurrierende Teilordnungen » (p. 36), come due declinazioni parziali e settoriali della tramontata unità tedesca, ed operano ormai sotto un 'cielo irreversibilmente diviso' (p. 96). E la rivalità è già forte, se la DDR ambisce subito a presentarsi come l'immagine della 'Germania migliore'.

2. Ad ovest, la prima grande questione, che gli sparuti sopravvissuti della folta compagine degli accademici weimariani del diritto pubblico sono chiamati ad affrontare, è quella del *Grundgesetz*. Questione da subito controversa, che impatta la fragile sovranità del nuovo Stato tedesco e che suscita non infrequenti malumori, tipici quelli di Rudolf Smend, che denunciano il proposito alleato di trasformare la pace in un *Diktat* (p. 128), o di Carl Schmitt, caustico nel rinfacciare ai "poveri uomini di Bonn" la sorda inconsapevolezza che « oggi la costituzione è qualcosa di molto più atroce di un Organisationsstatut » (p. 129).

È il tema, che qualche anno più tardi, nel 1951, fisserà Ernst Friesenhahn in un titolo perfettamente evocativo della dura realtà delle cose: *Grundgesetz und Besatzungsstatut* (p. 130). Non c'è dubbio, in Germania, il momento costituente è del tutto peculiare, tanto che solo a gran fatica può definirsi tale, di fronte alle imposizioni ingombranti delle forze alleate, alla mancanza di una legittimazione democratica, alla stessa disattenzione con la quale un'opinione pubblica, stremata dal conflitto e dalla divisione del paese in zone di occupazione, guarda generalmente alla politica e allo stesso processo di formazione di una legge fondamentale, quasi algida nella sua sostanziale incapacità di esprimere, anche per la debolezza dei protagonisti interni, una vera ansia palingenetica.

Di nuovo il *Sonderweg* tedesco, anche nel modo, potremmo dire, quasi incolore, sottotraccia, con il quale si impianta il nuovo ordine costituzionale. Stolleis è molto attento nel restituire il dibattito dell'epoca, le incertezze, i condizionamenti alleati, la sensazione di una soluzione provvisoria, giunta a tamponare un ordine giuridico che si ricostruisce dall'ora zero della sconfitta e della caduta del Reich, ma anche nell'improvviso vuoto di sovranità, tanto più acuto in questa che dovrebbe essere la fase costituente della nuova Germania ed in cui al

contrario la forza instaurativa del nuovo ordinamento risulta fragile e debole, tanto è saldamente nelle mani delle forze alleate; tanto pesano la mancanza di un'assemblea costituente ed il difetto di una diretta ratifica popolare del testo, approvato da un Consiglio parlamentare non elettivo e composto da semplici delegati dei parlamenti regionali.

Eppure, sottili, fragili, nascoste, delle radici si iniziano a fissare. Sarà Hans Peter Ipsen, fra i futuri fondatori in Germania del diritto europeo, il primo, già nel 1949 (p. 133), ad Amburgo, in un discorso ufficiale di inaugurazione del semestre invernale, a scorgere dietro l'immagine del *Provisorium*, di un assetto che si è costruito per i soli *Länder* occidentali e per un incerto momento di transizione, in attesa della futura riunificazione — la *Übergangszeit* esplicitamente ricordata nel Preambolo —, un vero e proprio testo costituzionale, riccamente elaborato intorno alla scelta fondamentale dello Stato sociale di diritto e che è ormai dotato di piena normatività. Mentre, appena quel testo, che modestamente, date le circostanze, si autodefinisce *Grundgesetz* e non *Verfassung*, viene promulgato (23 maggio 1949), pure ne iniziano ad uscire i primi commentari e allo stesso dibattito sulla centralità dei diritti fondamentali, al Plenum del Consiglio parlamentare di Bonn, animato dal progetto SPD di Carlo Schmid (p. 211), si comincia a prestare attenzione.

Sarà il 1951, con l'istituzione della Corte costituzionale, il 7 settembre, a segnare un primo, forte, ancoraggio del testo costituzionale nel nuovo ordine giuridico. Prende vita uno degli organi più importanti dell'intero assetto federale, fattore decisivo di stabilità e di indirizzo della vita istituzionale complessiva (p. 157).

Qui, nella fase di attuazione giudiziaria della costituzione, più che nell'incerta fase costituente, fiaccata dai vuoti di sovranità imposti dalla sconfitta militare, si gioca la metamorfosi del testo, entrato quasi in sordina all'interno dell'ordinamento e destinato invece a giocare, nel medio periodo, un ruolo sempre più strategico. Sarà proprio il Tribunale costituzionale, istituzione *savante*, riuscita interconnessione, anche nella stessa composizione personale, tra giurisdizione e scienza giuridica, a farsi presto carico del compito di formulare una vera e propria « religione civile » dello Stato costituzionale (p. 242).

Si tratta di una questione di grande interesse, sia storico, sia teorico, che Stolleis affronta con estrema cura, non tralasciando di ricostruire il coro di critiche, con cui la vecchia guardia accompagna il dilatarsi dei compiti del sempre contestato "Difensore della costituzione": da quelle di Ernst Forsthoff, poi raccolte in *Rechtsstaat im Wandel* del 1964, che si vestono ora di argomenti di taglio prettamente positivistico contro il c.d. *Richterstaat*, a quelle celebri di Carl Schmitt alla "Tirannia dei valori" (1967).

I diritti fondamentali, grazie al decisivo medium della Corte costituzionale, si calano nell'effettività dell'ordinamento; 'attualizzano' l'interpretazione dei vecchi testi normativi (il tema della « praktische Konkordanz »; p. 217), mettendoli al passo con la nuova sensibilità che, con tanta enfasi, anche rispetto alle assai più incerte declinazioni weimariane, prende ora vita dalla centralità dell'individuo e dei suoi diritti.

Il sistema dei diritti si « attiva » e si « realizza » (p. 216 e ss.), soprattutto in via interpretativa, attraverso una valorizzazione tutta giurisprudenziale degli enunciati costituzionali, a partire dall'art. 1, Abs. 3, con la proclamazione del primato dei diritti fondamentali e del conseguente vincolo, di legislazione, potere esecutivo e giurisdizione, al loro contenuto normativo, immediatamente imperativo.

Una normatività che era nata, per l'intrinseca fragilità e la scarsa legittimazione democratica del suo Legislatore, in modo tenue ed incolore, priva delle stimmate costituenti ed era stata pensata per una fase che doveva essere destinata ad essere rapidamente superata da una riunificazione che si farà invece attendere per oltre 40 anni e che sembrerà a lungo impossibile ed irraggiungibile, riesce nondimeno a conquistarsi, in via giustiziale, una imprevedibile centralità. I valori civili, racchiusi nel testo, progressivamente prendono vita ed acquistano una crescente forza normativa, dimostrandosi in grado di rappresentare, come « Geist des Grundgesetzes », l'identità stessa dello Stato federale. Sino a realizzare una copertura costituzionale dell'intero ordinamento (p. 226 e ss.), ben espressa nella riconosciuta *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, nella loro naturale espansività al di là della classica relazione autorità/libertà, che li rende ormai capaci di abbracciare la generalità delle relazioni intersoggettive, anche prettamente private.

3. Questa decisa rimonta del *Grundgesetz* e del diritto costituzionale, dalla fine degli anni '50, inizierà a coinvolgere anche il diritto amministrativo.

Sino a questo momento, invece, i percorsi amministrativistici non sono esaltanti. Non nell'immediato dopoguerra, in cui l'amministrazione funge da braccio servente delle forze e del diritto di occupazione (p. 171 e ss.). Neppure agli inizi degli anni '50, in cui faticosamente si insegue l'unificazione, a livello federale, della giustizia amministrativa, in un quadro complessivo che continua a presentare non poche diffidenze verso la clausola generale di giurisdizione e verso la stessa indipendenza dei giudici amministrativi.

Anche il piano scientifico si ispira ad un solida continuità con il periodo tra le due guerre, ben rappresentata dalla prima edizione del *Lehrbuch* di Ernst Forsthoff, nel 1950, un'opera iniziata durante il

conflitto e che costituisce la porta d'ingresso nella Repubblica federale dei concetti elaborati negli scritti della seconda metà degli anni Trenta, dal *Daseinsvorsorge* alla *Leistungsverwaltung* e che, pur nella nuova veste ispirata ai valori dello Stato di diritto, resta fredda nei confronti dei modelli procedimentali, che scontano ancora il difetto di origine di un'elaborazione troppo identificata con la Scuola di Vienna di Kelsen e Merkl, e soprattutto ancora diffidente verso i nuovi contenuti normativi della costituzione e rigida nel fissare argini invalicabili tra democrazia e amministrazione (p. 182).

La contrapposizione tra Forsthoff ed Otto Bachof nel 1953, alla riunione annuale dell'Associazione degli studiosi tedeschi di diritto pubblico, incentrata sullo Stato sociale di diritto, resta una documentazione fondamentale di questo momento. I contenuti sono noti: da un lato, Forsthoff, lo scopritore dell'amministrazione di prestazione nella seconda metà degli anni Trenta, pronto però a negare qualsiasi rilevanza costituzionale dello Stato sociale — « er ist kein Rechtsbegriff » (p. 281) — ed a ricacciare nella sola dimensione amministrativa ogni manifestazione dei diritti sociali. Dall'altro, il coro di critiche a questo riduzionismo *liberal-rechtsstaatlich* della costituzione e l'opzione di sfruttare — anche sull'onda del miracolo economico e della sua possibile declinazione secondo il modello dell'economia sociale di mercato, nella formula coniata da Alfred Müller-Armack e dalla Scuola di Friburgo e trasportata, in quegli anni, nel campo giuridico da Hans Karl Nipperdey (p. 271) — la possibilità di contemperare e di iniziare a rendere compatibile l'endiadi costituzionale dell'art. 20, Abs. 1: « La Repubblica federale tedesca è uno Stato federale, democratico e sociale ».

Anche in questo caso, l'attenta contestualizzazione di Stolleis si rivela preziosa; svela i retroscena della scelta di assegnare la tribuna — su di un tema di tale delicatezza — proprio a Forsthoff, un giurista dal passato ingombrante e soprattutto il protagonista, in questi primi anni '50, di una lettura tanto riduttiva delle novità costituzionali. Retroscena ben calati nel contesto di guerra fredda e nella intenzione del gruppo dirigente l'Associazione di sbarrare la strada al 'socialista' Wolfgang Abendroth, l'unico in quel frangente ad evocare gli scritti che alla *soziale Demokratie* e al *sozialer Rechtsstaat* aveva dedicato Hermann Heller negli ultimi anni di Weimar e che in questa prima metà degli anni '50 restano ancora un tabù.

Con la fine del decennio, si assiste invece ad un vigoroso mutamento di clima. La fortuna che subito accompagna la formula di Fritz Werner, presidente del Tribunale amministrativo federale, del « diritto amministrativo come *konkretisiertes Verfassungsrecht* », in una disciplina sino a questo momento vissuta sul celebre adagio di Otto Mayer,

secondo il quale « il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta », ha un effetto di completa rigenerazione. La distanza dell'universo amministrativo dallo Stato costituzionale improvvisamente si accorcia.

Nel gennaio 1960, il varo, dopo un lungo travaglio, della *Verwaltungsgerichtsordnung*, segna una decisa modernizzazione del campo della giustizia amministrativa, dalla struttura organizzativa federale all'indipendenza del giudice, dalla clausola generale alla pluralità delle azioni esperibili. Un balzo in avanti che si conquisterà molti ammirati lettori, anche in terra italiana, dove l'assetto ottocentesco, che sta celebrando il primo centenario delle leggi di unificazione amministrativa, sembra ancora immodificabile e dove continuano a dominare le insolubili questioni di riparto.

Sul fronte scientifico, si avvia una letteratura, da Dietrich Jesch ad Hans Heinrich Rupp — che pure avrà immediata eco in Italia (basterebbe fare il nome di Mario Nigro) — che inizia ad indagare in profondità sul principio di legalità, sul rapporto amministrativo, sulla tutela giurisdizionale, in vista di un ripensamento complessivo della 'parte generale' e delle radici ottocentesche del sistema — a questo punto — non più ripetibili senza profonde trasformazioni.

Quel ripensamento che qualche anno più tardi, ancora al convegno annuale dell'Associazione, nel 1971, sfocerà in interrogativi sempre più pressanti sull'attualità della dogmatica amministrativa, ereditata dai sistemi ottocenteschi, chiamata ormai a fronteggiare « i compiti attuali dell'amministrazione ». Il *Referat* di Otto Bachof, prudente nel riconfermare la tradizionale distinzione tra scienze sociali e scienze normative e fedele ad una lettura moderatamente attualizzante della tradizione, resta ancor oggi la dimostrazione di un colloquio profondo ed intenso con la sistematica ottocentesca ed i suoi esiti novecenteschi, da Otto Mayer a Fritz Fleiner, da Walter Jellinek ad Ernst Forsthoff; un colloquio ricco di spunti anche di interesse storiografico. Severo, in ogni caso, come già — in ben altro clima — nella relazione sullo Stato sociale del 1953, con i massi erratici del *vorrechtststaatlichen Urwald*, dai diritti riflessi, alla refrattarietà del potere discrezionale verso la giuridicizzazione ed il controllo giurisdizionale, sino ai rapporti di sudditanza speciale: istituti elaborati all'ombra del principio monarchico, appunto nella 'foresta vergine precedente l'avvento dello Stato di diritto'.

Ma la *Tagung* si infiamma, non si accontenta, le modernizzazioni premono, dagli sperimentalismi metodologici alla piena coerenza del diritto amministrativo con i principi dello Stato costituzionale, dai nuovi confini tra pubblico e privato, agli interrogativi — allora di gran moda — sulla possibilità di estendere la dogmatica tradizionale, imper-

niata sulla *Eingriffsverwaltung* e sulla centralità dell'atto amministrativo, ai campi dell'amministrazione di prestazione e dei servizi pubblici.

Già la seconda relazione, affidata ad un giurista molto più giovane di Bachof, Winfried Brohm, si anima dei nuovi temi della cooperazione Stato/società e dei nuovi profili procedimentali (p. 250), di lì a poco (1976) destinati ad approdare alla fondamentale codificazione del procedimento amministrativo (p. 257 e ss.). L'impalcatura dello Stato di diritto sta completando le sue strutture portanti con risultati normativi di tutto rilievo, che s'impongono all'attenzione dell'intero modello continentale.

È ancora irta di insidie però la strada della Repubblica federale. Nessuna enfasi coinvolge così il nostro A., lucidissimo, in uno dei capitoli più belli dell'intero volume (p. 305 e ss.), nel ripercorrere gli « anni dell'apprendistato democratico », in pagine che scavano la relazione a lungo idiosincratica tra i tedeschi e la democrazia, i difficili conti con il passato, il persistente incubo di Weimar e della rottura nazista, la diffidenza verso i partiti ed il sistema parlamentare, l'insopprimibile bisogno di *Führung*, quasi preponderante sulla richiesta di un'autonoma responsabilità politica. Stolleis riprende gli interrogativi di Ralf Dahrendorf di *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, di metà degli anni '60, per raffigurare in dettaglio la condizione di una macropotenza economica, ormai affermata, ma ancora alla ricerca di una sua compiuta statualità (p. 317).

Una riconciliazione possibile ed infine raggiunta dopo i sommovimenti del '68, attraverso la scoperta di nuove energie partecipative (dai *Vereine* alla *Mitbestimmung*, sino alla conquista di una piena cittadinanza costituzionale da parte dei partiti politici), nella lunga fase di consolidamento che vede la Repubblica federale protagonista del processo di costruzione europea come *Rechtsgemeinschaft*, come comunità di diritto, con forti e positive ricadute interne sul piano della maturazione delle istituzioni e della democrazia: una fase che potrà dirsi completata davvero, però, soltanto con la riunificazione, il momento in cui si ricuciono definitivamente le ferite della guerra e la Germania può finalmente archiviare il suo lungo travaglio istituzionale.

Appena in tempo, per consegnarsi, come tutti gli Stati costituzionali europei, ai nuovi interrogativi della globalizzazione e al progressivo appannarsi dei confini, in cui lentamente le peculiarità nazionali si scolorano. Le domande finali, non a caso, si concentrano sulla possibilità di un diritto pubblico, ancora inteso nei suoi stilemi tradizionali, nei nuovi spazi politici.

Il lungo itinerario della storia del diritto pubblico in Germania si arresta, consegnando al presente il pesante fardello, ma anche la testimonianza e l'insegnamento, di un'esperienza profondamente im-

pressa nella storia europea e che resta decisiva e strategica per i suoi futuri destini.

BERNARDO SORDI

FRANCESCOMARIA TEDESCO, *Eccedenza sovrana*, Milano-Udine, Mimesis, 2012.

Il libro di Francescomaria Tedesco è dedicato alla sovranità, ma non prende le mosse dall'analisi dei grandi testi che la hanno teorizzata nel corso dell'età moderna. L'*incipit* del libro coincide con la presentazione di un personaggio shakespeariano: Barnardine, una figura minore che compare in *Misura per misura*, un personaggio bizzarro, detenuto in carcere, ubriacone, volgare, privo di qualsiasi deferenza verso l'autorità. Barnardine non è una divagazione dotta o un ornamento letterario nel libro di Tedesco, ma il suo filo conduttore: è nello specchio del testo teatrale che l'autore vede riflesso l'enigma della sovranità.

Non ci viene proposta una storia della sovranità, una rivisitazione delle teorie che la hanno variamente tematizzata nel corso dell'età moderna, anche se abbondano impegnativi confronti con alcuni testi 'classici' (in particolare hobbesiani ed hegeliani). L'approccio dell'autore non è di carattere storiografico, pur tributando una dovuta attenzione alle specificità dei contesti e delle culture (un occhio di riguardo è rivolto all'Inghilterra e all'assolutismo di Giacomo I, dato il ruolo svolto dal testo shakespeariano nell'economia del lavoro). L'analisi sviluppata da Francescomaria Tedesco ha semmai il carattere di una ricostruzione 'genealogica': un suo importante punto di riferimento è la riflessione di Agamben (pur mantenendosi a una qualche distanza critica da alcune sue tesi) e l'obiettivo è cogliere, accostando testi e contesti anche lontani fra loro, il punto di origine e la logica profonda del potere sovrano.

Per centrare l'obiettivo, l'autore, in primo luogo, muove dal carattere essenzialmente relazionale del potere (il potere come comando di qualcuno a qualcun altro) e, in secondo luogo, studia la relazione di potere dal basso verso l'alto, dall'assoggettato al dominante, dal suddito al sovrano. Occorre guardare al potere con gli occhi di Barnardine; più esattamente, occorre chiedersi che cosa vedesse Barnardine nel sovrano, che cosa temesse e che cosa si attendesse da lui.

Barnardine è improvvisamente costretto a fare i conti con l'espressione massima e decisiva della sovranità: il potere di infliggere la morte. Il boia gli annuncia la ferale notizia, ma Barnardine non mostra né terrore né acquiescenza: dice semplicemente di no, non accetta la

decisione, non in quel momento e in quel modo, ingiuria i carcerieri, esprime fastidio e noncuranza. Barnardine non incarna la figura del ribelle, che prende sul serio il sovrano, salvo contrapporsi ad esso e combatterlo, né appare una vittima sconfitta e inerme di fronte a un potere irresistibile. La sua scelta (che non è una strategia, ma è un comportamento iscritto nella sua bizzarra personalità) è piuttosto quella di compiere uno scarto, una mossa laterale: egli non è di fronte al sovrano (per contestarlo o subirlo), non lo guarda negli occhi (con terrore e riverenza o con audacia e resistenza), ma semplicemente non lo vede, lo allontana da sé con un gesto noncurante, come se quella vicenda (il dramma del potere e dell'obbedienza) non lo riguardasse.

Che cosa ci insegna Barnardine sulla sovranità? Secondo Francescomaria Tedesco, la lezione di Barnardine deve essere decifrata ricorrendo a un concetto di grande suggestione teorica: il concetto del 'riconoscimento'. Il tema del riconoscimento emerge, nella riflessione idealistica tedesca, prima in Fichte e poi in Hegel (in particolare nella *Fenomenologia dello Spirito*) e continua a svolgere un ruolo determinante (anche nell'odierna sociologia) nell'analisi della formazione dell'identità individuale nel gioco dell'interazione sociale. La tesi centrale del nostro libro viene formulata attingendo ai testi 'classici' sul riconoscimento — in particolare ai testi hegeliani — ma al contempo suggerendo l'opportunità di 'forzare' il concetto di riconoscimento, di piegarlo in una direzione che Hegel non contemplava: usarlo per intendere un aspetto decisivo del rapporto che intercorre fra il soggetto e il sovrano.

Questo rapporto appare in qualche misura costitutivo di identità in entrambi le direzioni. Lo è nei confronti dell'individuo, che diviene 'soggetto' precisamente nella relazione che il sovrano instaura con lui. Francescomaria Tedesco si avvale a questo proposito di Althusser, secondo il quale è la risposta dell'individuo alla « interpellation » del potere (l'individuo che, alla chiamata del vigile, si volta) a renderlo un soggetto. L'autore non manca di ricordare come lo sviluppo di una nuova dimensione della soggettività nell'età moderna proceda insieme, in una qualche connessione dialettica, con la formazione dello Stato (come in anni ormai lontani aveva efficacemente puntualizzato Schnur [1]): l'individuo si costituisce, al contempo, come 'soggetto' e come 'assoggettato'.

Nel momento in cui lo Stato concentra la sua attenzione su un individuo e lo 'riconosce', l'individuo assume il ruolo di soggetto (-assoggettato), destinatario dell'azione governante dello Stato stesso. Non dobbiamo però pensare che il rapporto di potere proceda unidirezionalmente dall'alto verso il basso. La tesi centrale del nostro libro è

---

[1] R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo: aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, Milano, Giuffrè, 1979.

appunto che il rapporto politico come tale, in ogni sua componente, è coinvolto nella dinamica del riconoscimento: il soggetto è parte attiva in questo processo e dalla sua risposta (o mancata risposta) dipende la tenuta del potere.

Il potere non è una forza irresistibile che si impone per virtù propria ai soggetti. La lezione che Francescomaria Tedesco trae dal personaggio shakespeariano è congruente con una visione del potere che trova una sua limpida espressione nella teoria weberiana, che insiste sull'importanza determinante delle opinioni degli assoggettati: che tali sono non soltanto perché pressati dalla violenza di cui il potere ha il monopolio, ma anche perché convinti della sua legittimità.

Gli assoggettati non sono materia inerte e passiva, ma sono i protagonisti di una relazione che non sussisterebbe senza un loro diretto coinvolgimento. A riprova, Francescomaria Tedesco evoca un testo proto-moderno — le pagine sulla 'servitù volontaria' redatte da Etienne de la Boétie — che hanno di recente goduto di molteplici rivisitazioni. Il potere genera i soggetti chiamandoli per nome, interpellandoli (come scriveva Althusser), ma ha a sua volta un bisogno vitale (per funzionare o addirittura per esistere) dei soggetti: ha bisogno di essere voluto, amato, riconosciuto da loro.

Per dare una singolare profondità di campo a questa tesi, l'autore introduce una suggestiva analogia, suggeritagli da un'opera di Agamben (2). Secondo Agamben la teurgia della tradizione neoplatonica si fonda sulla convinzione che « senza le pratiche rituali, il pleroma divino perda la sua forza e decada, che Dio abbia, cioè, bisogno di essere continuamente restaurato e riparato dalla pietà degli uomini » (3). Come Dio, lo Stato, il dio mortale, ha bisogno di trarre gloria ed amore dagli uomini: ha bisogno che i soggetti rispondano al suo appello, dicano di sì alle sue richieste. È in questa prospettiva (una sorta di 'teurgia politica', assumibile come momento di una più ampia 'teologia politica') che l'autore dedica un suggestivo capitolo ad un celebre 'sì': l'atto di obbedienza di Abramo a Dio che gli chiede il sacrificio di Isacco.

Il tema del sacrificio non è occasionale o periferico. Finché restiamo all'interno del circolo del riconoscimento scambievole, l'esposizione alla morte dei soggetti-assoggettati resta una concreta e incombente possibilità. L'autore insiste sul rapporto stretto che intercorre fra il potere e la morte. Converrebbe rileggere in questa prospettiva il Canetti di *Massa e potere*, convinto che la radice antropologica del potere coincida proprio con l'orrore di fronte alla morte e con il conseguente tentativo di esorcizzarlo attraverso l'esercizio di un potere essenzialmente distruttivo. Il 'riconoscimento' del sovrano si traduce,

---

(2) G. Agamben, *Il regno e la gloria*, Torino, Bollati Boringhieri, 2009.

(3) Ivi, p. 252.

da un lato, nel dovere del soggetto di essere disponibile al sacrificio supremo in nome della *salus populi*, dall'altro lato, nel potere del sovrano di condannare a morte il suddito.

Acquisisce un valore emblematico, per Francescomaria Tedesco, la pena di morte: una pena straordinariamente longeva, espressione di culture arcaiche e tuttavia capace di reggere alle varie ondate di 'modernizzazione' delle strategie punitive giungendo fino ai nostri giorni. Per il nostro autore, la 'lunga durata' della pena di morte può essere assunta come una prova indiretta delle insufficienze del contrattualismo: il limpido ragionamento di Beccaria sembra l'espressione di una ragione incapace di dar conto della sostanza profonda del potere; quella sostanza che trova espressione nel titolo del nostro libro: l'eccedenza sovrana; un'eccedenza che si esprime in due direzioni: nell'impossibilità di chiudere il potere nelle maglie di un diritto capace di renderlo interamente controllato e trasparente e nella vocazione (certo non 'contrattualistica') del soggetto ad offrirsi come vittima consenziente e sacrificale.

Infliggere la morte è un atto che cancella l'esistenza dell'individuo, ma al contempo gli garantisce un estremo riconoscimento, lo conferma come soggetto (Tedesco usa infatti l'ossimoro di una « esclusione inclusiva »), così come, simmetricamente, la decisione del soggetto di offrirsi come vittima sacrificale è il 'sì' che rende possibile e saldo il rapporto politico.

Esistono alternative alla resa nei confronti del sovrano? Una possibilità è adombrata ancora una volta in un personaggio letterario: il Bartleby del racconto di Melville, variamente interpretato da Negri, Derrida e Agamben. Bartleby, assunto come scrivano da un avvocato, non dice di sì, ma oppone (e continuerà a opporre, quale che sia la situazione in cui verrà a trovarsi) a qualsiasi richiesta un'ostinata volontà di astensione: la 'preferenza di non' fare. Per Tedesco, è vero che Bartleby dice di no, ma è un 'no' che resta privo di sbocchi, un 'no' che finisce per coincidere, se non con la resa, certo con la sconfitta.

È a questo punto che torna in gioco la figura di Barnardine. Il personaggio di Shakespeare non dice di 'sì', ma nemmeno oppone una resistenza frontale al potere: lo aggira, ne svuota le pretese maiestatiche, lo assume come un ostacolo meramente fattuale e proprio per questo ne compromette la legittimazione profonda. Si spezza l'arcano del reciproco riconoscimento fra il sovrano e il soggetto: il re perde la sua corona e il suddito torna ad essere (o diviene per la prima volta) padrone di se stesso, quindi effettivamente libero, anzi sovrano.

La conclusione teoricamente più impegnativa del nostro libro è appunto la possibilità, per il soggetto, di dichiararsi finalmente sovrano. A questa possibilità peraltro l'autore intende assegnare un preciso fondamento storico invitandoci a prendere sul serio l'orizzonte post-statualistico che prende a delinearsi a partire dal secondo dopoguerra. Per la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo come per le nuove

carte costituzionali europee il principale imputato è lo statualismo ottocentesco (e le sue estreme derive totalitarie), cui contrapporre la centralità dell'individuo e dei suoi diritti. Il soggetto è il centro dell'ordinamento e lo Stato può dirsi legittimo solo a patto di farsi strumento di tutela dei diritti dell'individuo.

Se la lezione di Barnardine è l'attribuzione della sovranità al soggetto, possiamo allora sostenere che il trionfo tardo-novecentesco del discorso dei diritti umani ne è un'imprevista applicazione? In realtà, il nostro autore intende metterci di fronte a un cortocircuito allegorico, piuttosto che fornirci una descrizione di 'come sono veramente andate le cose'. Il fascino del personaggio shakespeariano è l'allusione a un'originale strategia di resistenza. Un problema aperto (cui il nostro autore ha peraltro dedicato in passato interessanti riflessioni (4)) è se di una siffatta strategia il discorso dei diritti possa essere una componente.

PIETRO COSTA

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812, I. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, Pamplona, Urgoiti Editores, 2011, prólogo de Marta Lorente Sariñena, pp. I-CXXX; 1-160.

Cuatro son, según creo, los elementos merecedores de comentario en estos breves párrafos: las páginas que hace ya casi veinte años escribió Tomás y Valiente, las que ahora ha redactado Marta Lorente, la decisión editorial de recoger las primeras, encargar las segundas y reunirlas en este pequeño y cuidado volumen, y la fecha de su edición.

Empecemos por esto último. Es un libro de 2011, pero a todas luces preparado para figurar en catálogos y librerías durante el año 2012; de hecho, el acto de presentación tuvo lugar en Madrid en enero de ese año, en la sede del Tribunal Constitucional que presidiera Francisco Tomás y Valiente. Y en catálogos, librerías y bibliotecas estaba el 19 de marzo de 2012, a doscientos años redondos de la promulgación, en Cádiz, de la Constitución política de la Monarquía española.

El sino historiográfico de los centenarios es un asunto digno de nota (1). No es insólito, por ejemplo, que su cumplimiento atraiga estudios atentos que desplacen la fecha del evento y arruinen la

(4) F. TEDESCO, *Diritti umani*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

(1) Por particulares razones de coincidencia, la historiografía mexicana es especialmente sensible: Mauricio TENORIO TRILLO, *Historia y celebración (Centenarios)*,

celebración. Quizás a una institución tan intangiblemente sólida como la Iglesia no le importe demasiado que esto suceda con algún lejano Concilio (2), pero sujetos jurídico-políticos de historia más contingente pueden manifestarse con un mayor grado de sensibilidad: quien lea las Actas de un congreso que conmemoraba el octavo centenario de las primeras Cortes leonesas de 1188 saldrá de su lectura sin saber si las primeras fueron leonesas o si las de 1188 fueron Cortes, conclusiones tan estimulantes para los historiadores como inquietantes para las instituciones (las Cortes castellano-leonesas de 1988) que patrocinaron sus investigaciones (3).

Y el patrocinio no cesa pese a fiascos semejantes, seguramente porque instituciones e historiadores han aprendido a sacar provecho de su perenne y mutua incomprensión siempre que ésta se mantenga dentro de límites tolerables para ambas partes. Aunque a esos efectos poco importe que hayan pasado ocho siglos o dos, en el caso que nos ocupa se dan circunstancias excepcionales. La Constitución de 1812 no es un jalón cualquiera de nuestra historia. En general se la considera cimiento de la construcción jurídico-política de la España contemporánea, y hace tiempo ya que forma parte muy principal del imaginario colectivo que conforma la identidad nacional. Este año del bicentenario su presencia se ha desbordado: su texto se ha ofrecido a la venta hasta en quioscos de prensa y en librerías de estación, y casi a cualquier propósito se ha hecho mención de ella en el discurso mediático. El ambiente vivido ha hecho posibles algunos episodios que, fuera de ese exagerado contexto, parecerían sólo pintorescos: uno de los candidatos a la presidencia de un gobierno regional proclamó haber utilizado la primera norma gaditana para fundamentar su programa, y un alumno universitario impugnó la baja calificación de un examen argumentando, entre otras cosas, que cómo no se iba a saber esa Constitución, si había nacido en Cádiz.

No es el anecdótico nuestro terreno, desde luego, pero me parece que estas menciones no sobran porque ayudan a aquilatar el justo valor añadido de las aportaciones editoriales que no se han dejado contaminar por una euforia celebrativa capaz de justificar casi cualquier cosa. Los fastos de un centenario constituyen siempre una llamada a reescri-

---

Barcelona, Tusquets, 2010 (su "Prefacio", en http://www.tusquetseditores.com/especiales/capitulos/lectura_historiaycelebracion.pdf).

(2) Alfonso García Gallo, *El Concilio de Coyanza. Contribución al estudio del Derecho canónico español en la Alta Edad Media*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 20 (1950), pp. 275-633, especialmente p. 356.

(3) AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media. Actas de la Primera Etapa del Congreso Científico sobre la Historia de las Cortes de Castilla y León*, 2 vols., Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1988. Su recensión, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 58 (1988), pp. 638-652.

bir la historia del acontecimiento que se conmemora. Y eso es lo que a menudo resulta de estas festividades de la memoria: una nueva historia que en parte impugna y en parte reafirma la escrita con anterioridad. Más allá de la toma en consideración de nuevos datos y de que aparezcan fuentes desconocidas, lo más destacable en el esfuerzo realizado suele ser eso: la relectura y la reinterpretación.

En esta oportunidad los recursos desplegados para estimular estudios, encuentros y publicaciones han sido más que suficientes para catalizar el esfuerzo de los historiadores, con independencia de cuáles hayan podido ser las razones o intenciones últimas de esa inversión. En la vorágine del bicentenario ha habido de todo, y también novedades editoriales altas en número y rigor (4). Y han venido también reediciones, pues raro es que falten en estos casos. Como bien se sabe, las suele justificar la dificil accesibilidad de añejos estudios que han llegado a ser clásicos o, quizá con más frecuencia, de fuentes necesitadas de más cuidado tratamiento que el que en su momento pudieron recibir (5).

He aquí una reedición. Pero no es del tipo común que acabamos de describir, sino bastante particular, sobre todo porque no se trata de un trabajo ni perdido ni olvidado. Se publicó en el « Anuario de Historia del Derecho Español » en 1995 (6), y por supuesto en las *Obras completas* que muy poco después editó el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (7). Así que sigue estando muy a mano, con difusión extendida además mediante la traducción italiana de Maria Antonella Cocchiara (8). La editorial Urgoiti, que se ha ganado un más que merecido prestigio en el ámbito de la historiografía, lo saca de nuevo a la luz en su colección "Historiadores", destinada a « aquellos trabajos que, sin ser necesariamente obras maestras, ejemplifican el

---

(4) Balance, registro y valoración suficientes es parte de lo que ofrece Bartolomé Clavero, *Cádiz 1812: Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución*, en estos "*Quaderni*".

(5) Como, por ejemplo, la misma discusión parlamentaria del texto constitucional: Fernando Martínez Pérez (ed.), *Constitución en Cortes. El debate constituyente 1811-1812*, Madrid, Universidad Autónoma (Colección Historia Política y Social), 2011, que incluye el meritorio trabajo de transcripción de Blanca Sáenz de Santamaría (pp. 268-849), Mª Julia Solla (pp. 909-1107) y el propio editor (pp. 21-268, 849-905 y 1109-1124), responsable también de "Introducción" (pp. 9-16), cotejo e índices.

(6) Vol. 65, pp. 13-125.

(7) Vol. V, Madrid, 1997, pp. 4449-4555.

(8) Francisco Tomás y Valiente, *Genesi di un costituzionalismo euro-americano, Cadice 1812. Con un'autobiografia dell'autore* (Prefazione di Andrea Romano), Milano, Giuffrè (Universitá degli Studi di Messina, Facoltà di Scienze Politiche, Studi Storico Giuridici, 17), 2003; en p. 1, tras la "Nota alla traduzione" y abriendo propiamente las páginas traducidas, el título original: "Genesi della Costituzione del 1812. Da molte leggi fondamentali a una sola costituzione".

modo de hacer y pensar de los historiadores más destacados » (9). Es un estudio ejemplar, efectivamente, en la mejor línea de un historiador entre cuyas virtudes cabe resaltar la ausencia de prejuicios ante su objeto de estudio y el rigor expositivo. Con ellas labró ese peculiar estilo, tan adecuado al timbre de su propia voz, con el que parece poder llevar al lector a su lado explicándole, en un discurso cuya serenidad no anula ni la pasión ni la sorpresa, lo que lee, lo que interpreta, lo que aprende.

Urgoiti reivindica en sus colecciones lo mejor de la historiografía pasada, en una labor que va más allá del homenaje. Una reedición nunca produce como resultado la misma obra, por la sencilla razón de que la ubica en un contexto distinto. El presente es, de los varios que ha tenido este escrito de Tomás y Valiente, seguramente el de mayor riesgo. En las *Obras completas* el contexto era la obra entera de su autor, en cuyo transcurso, y dentro del último y mejor tramo de madurez, podía valorarse su acercamiento a la Constitución de 1812. En la traducción italiana, el contexto era el de la historiografía que se expresa en esa lengua, no desatenta desde luego ni con respecto al autor ni con respecto al objeto principal de su investigación, sobre todo en centros de intercambio intelectual activo y continuo como Mesina (10) y Florencia (11). Ahora, en el volumen de Urgoiti, las páginas de Tomás y Valiente sobre la primera norma gaditana son también una traducción, no a otra lengua ni a otro espacio, sino a otro tiempo. Desplazadas veinte años hacia delante, su contexto inmediato es el de una amplia historiografía plurinacional y de expresión sobre todo española, espoleada desde luego por las urgencias del bicentenario, pero también crecida tras largos años de atención pausada a un momento de la historia jurídica hispana que no ha dejado de ser examinado casi ni un instante durante esas dos décadas.

---

(9) Cito de http://www.urgoitieditores.com.

(10) Con temprano homenaje a quien pertenenciera, *honoris causa*, desde 1993 a su colegio de doctores: *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800. Atti del Seminario Internazionale di Studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 14-16 novembre 1996)*, a cura di Andrea Romano, Milano, Giuffrè, 1998; véase también la dedicatoria, igualmente diligente, de Andrea Romano (a cura di), *Costituzione del Regno di Sicilia. Riedizione anastatica*, Messina, Presso l'Accademia (Accademia Peloritana dei Pericolanti — Istituto di Storia del Diritto e delle Istituzioni), 1996.

(11) En los extremos de la colaboración cordial y la memoria póstuma: Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomás y Valiente, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio, Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, Milano, Giuffrè, 1990; Bartolomé Clavero, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual* (Pagina introduttiva di Paolo Grossi), Milano, Giuffrè, 1996.

Parte de esa historiografía, precisamente la más contrastante y renovadora con respecto a extendidas visiones de los orígenes del constitucionalismo en España, tiene su semilla remota en el propio Tomás y Valiente. Marta Lorente, discípula suya, y Carlos Garriga, discípulo de un discípulo (12), son los responsables más conspicuos de un golpe de timón considerable en la historiografía constitucional con su "constitución jurisdiccional", expresión bajo la que daban sentido unitario a todo un conjunto de aportaciones entre sí muy coherentes (13), centrada en un adjetivo previamente utilizado a parecidos efectos por otro discípulo directo, Fernando Martínez (14), y que desde luego no es invención de nuestro presente, sino designación utilizada en el tiempo al que se refiere (15). Ambos, Lorente y Garriga, han seguido apuntando dimensiones enriquecedoras, y han contribuido a situar en su universo más propio a un constitucionalismo, como el gaditano, imposible de entender si no se toman en consideración los territorios ultramarinos de la Monarquía (16).

Lo que puede significar el trabajo de Tomás y Valiente con respecto a esa historiografía que él había contribuido a generar es

---

(12) El discípulo directo, Benjamín González Alonso, ha intervenido también en el florecer de la historiografía gaditanista, impulsando, como director, un volumen monográfico del *Anuario de Historia del Derecho Español* (81, 2011) sobre el constitucionalismo gaditano. Otras revistas han respondido al mismo estímulo, como desde luego la de *Historia constitucional* (13, 2012, http://www.historiaconstitucional.com, con recensión del mismo libro que nos ocupa a cargo de Sebastián Martín Martín), que en realidad nunca lo ha desatendido, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 10 (2011) y, muy tempranamente, *Historia contemporánea*, 33 (2006).

(13) Carlos Garriga, Marta Lorente, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional* (Epílogo de Bartolomé Clavero), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y Debates, 174. Bicentenario de las Cortes de Cádiz), 2007.

(14) Fernando Martínez Pérez, *Ley expresa, clara y terminante. Orden normativo y paradigma jurisidcional en el primer constitucionalismo español*, en « Historia Constitucional », 3 (2002) (http://www.historiaconstitucional.com).

(15) María del Mar Tizón Ferrer, *Sevilla en los prolegómenos del proceso constituyente gaditano: la pérdida de su constitución jurisdiccional*, en « Crónica Jurídica Hispalense », 8 (2010), pp. 503-524.

(16) Marta Lorente Sariñena, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, Universidad Autónoma (Colección Historia Política y Social, 2), 2010. Carlos Garriga (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano* (Coordinación editorial Beatriz Rojas), México D.F., Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2010. Marta Lorente y José María Portillo (dirs.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)* (en coautoría con Antonio Annino, Fernando Martínez, Beatriz Rojas y Mª Julia Solla), Madrid, Congreso de los Diputados (Colección "Bicentenario de las Cortes de Cádiz"), 2012.

cuestión que no deja de abordar Marta Lorente en su prólogo, como el lector comprobará. Es claro que su maestro estaba abriendo una senda propia en la que ya dejaba huellas muy tangibles. No me parece aventurado señalar que se hubiera mantenido al menos bien atento a lo que fueran desvelando esos rumbos de constitución jurisdiccional y constitucionalismo atlántico, en medio de cuya efervescencia esta reedición le convoca.

Pero no se crea que el apuntado al comienzo del párrafo anterior es el objeto principal del prólogo. Urgoiti ha sido fiel a su proclamado criterio en la elección de los prologuistas: « han sido siempre escogidos entre especialistas de comprobada solvencia profesional ». Marta Lorente la tiene, sobrada y reconocida, y la despliega en una extensa semblanza valorativa del autor. No es, sin más, la discípula la que habla. Lejos de limitarse a lo que en su condición personal de cercanía pudiera haber aportado, la prologuista se distancia buscando un punto de vista que objetive en lo posible las páginas que escribe. Avisa al lector de que quiere huir de la hagiografía, pues la ve como un peligro real que acecha a quien biografía a un personaje de esa talla. Y en la advertencia apreciamos también, aunque no la señale expresamente, su preocupación por prevenir la frase quebrada, abierta y vulnerable a la dimensión más personal de su recuerdo.

Voluntariamente contenido, el prólogo entreteje vida y obra del autor buscando la comprensión de ésta en relación con aquélla. El intento merece la pena porque las de Tomás y Valiente son, en medida considerable, obra vivida y vida obrada, y no creo forzar las palabras al decirlo. Marta Lorente justifica su propósito: « Pocas dudas caben respecto de que las obras responden a las vidas de sus autores, y que el seguimiento pormenorizado de estas últimas arroja una impagable luz respecto de la comprensión y valoración de las primeras » (p. XVI).

Eso afirma y eso muestra. En este largo e intenso prólogo encuentra el lector una guía para seguir la obra de Tomás y Valiente a través de su peripecia vital. Es el personaje en sus escenarios, en los muchos en los que se desenvolvió: el escolar y el académico, el intelectual y el profesional, el político y el ciudadano, el de la inquietud y el del compromiso, el del magisterio y el de la magistratura, el de la ida al tribunal y el de la vuelta a la universidad, el de las disciplinas cultivadas, el del derecho y el de la historia. El esfuerzo de comprensión de la prologuista lleva sus resultados más allá de sus propósitos: a veces, al compás de la lectura, no sólo se observan personaje y escenario, sino también parte considerable del teatro: así sucede cuando estas páginas prestan atención a la configuración de la historia del derecho como disciplina en torno al *Anuario* de García-Gallo; así, también, cuando se refleja en ellas el ambiente universitario de los años sesenta.

Puesto que la "Génesis" es uno de los últimos trabajos de Tomás y Valiente, y dado que el prólogo comienza con la mención de su asesinato, todo el escrito de Marta Lorente avanza, salvando esas

páginas iniciales, hacia el de su maestro. Es un singular acierto de composición: la transición entre las dos piezas del libro se convierte en un paso fluido por una frontera abierta.

Este fruto primero y pleno de la reincorporación del autor, también a pleno rendimiento, a la vida académica tras su periplo por el Tribunal Constitucional, reunía historia y constitución en un proyecto historiográfico personal sobre el que había reflexionado largamente y que empezaba a desarrollar con un trabajo extenso del que sólo publicó la primera parte. Ahí queda ese "I" en el título, indicativo de un comienzo truncado. Él mismo anunciaba lo que tendría que venir y que no le dejaron continuar.

Es superfluo decir que merece la pena releerlo. Lo mejor de estas páginas se mantiene vivo: su método, expresamente dirigido al conocimiento de la cultura jurídica de los años de Cádiz, y su exposición, vestida de la excelente prosa con la que realzaba siempre sus aportaciones; el primero está en la base de la tan fructífera apertura de cronología y fuentes, y la segunda posibilita que el discurso no pierda su pulso ni en la explicación de doctrinas ni en la narración de episodios. Que quepa señalar alguna carencia cuando se leen estas páginas tras las sacudidas del bicentenario es más que comprensible, y la propia autora del prólogo hace referencia a ello en relación con una América ausente en esta "Génesis". Pero quizás sea cuestión de lecturas: precisamente la italiana veía ya en este texto esa dimensión transcontinental, o bihemisférica que dirían los coetáneos. Continuemos releyendo, y así estas páginas podrán seguir enriqueciéndose.

JESÚS VALLEJO

FASCISMO E DIRITTO
(a cura di Irene Stolzi)

Silvia Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, il Mulino, 2011.

Il volume di Silvia Falconieri, *chargée de recherche* al Centre d'histoire judiciaire de l'Université de Lille II, è la rielaborazione della tesi di dottorato da lei discussa presso l'Università di Napoli "Federico II", all'interno di un programma europeo "Dottorato in culture giuridiche europee", in collaborazione con università e centri di ricerca francesi e tedeschi. Si tratta di un elemento immediatamente ravvisabile nell'ampiezza di prospettiva, di riferimenti storiografici e sguardo critico che il volume presenta.

Al centro dell'indagine di Falconieri si trova l'analisi dei discorsi giuridici sulla "razza" elaborati nell'Italia fascista, con una particolare attenzione ai luoghi di produzione, ovvero alle riviste giuridiche specializzate. È un contributo di rilievo, offerto da una studiosa di storia del diritto, ad una produzione storiografica sui temi del razzismo e antisemitismo che ha conosciuto negli ultimi venticinque anni un'evoluzione significativa, concorrendo a favorire un dialogo, quanto mai utile e fruttuoso, fra storici che hanno indagato vari aspetti della "politica della razza" del fascismo e delle persecuzioni antiebraiche, e storici del diritto.

A partire dalla fine degli anni '80 e dagli inizi anni '90 del XX secolo, infatti, i temi relativi alla politica della razza in senso lato, della legislazione antiebraica e delle persecuzioni contro gli ebrei hanno conosciuto uno sviluppo considerevole. Lo conferma l'ormai amplissima messe di studi e ricerche disponibili, già oggetto non solo di raccolte bibliografiche, ma anche sovente di riflessioni di storia della storiografia (1). Il 50° anniversario della promulgazione della legislazione discri-

---

(1) Cfr., fra gli altri, la bibliografia *Shoah e deportazione. Guida bibliografica*, a cura di E. Collotti-M. Baiardi, Roma, Carocci, 2011; I. Pavan, *Gli storici italiani e la Shoah*, in *Storia della Shoah in Italia*, a cura di M. Flores, S. Levis Sullam, A.M. Matard Bonucci, E. Traverso, Torino, Utet, 2010, vol. 2, pp. 133-164.

minatoria del 1938 nei confronti della minoranza ebraica — composta da ebrei italiani e stranieri residenti nella penisola — fu l'occasione per avviare una riflessione che è stata, insieme, sia pubblica che propria della storiografia. Aspetti politico-istituzionali e storiografia allora si erano intrecciati perché le due massime istituzioni della Repubblica italiana, la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica, organizzarono due convegni sul tema delle leggi razziali (2). Per la prima volta nel 1988 lo Stato italiano si è fatto promotore di iniziative volte a sensibilizzare l'opinione pubblica sulla persecuzione degli ebrei in Italia e sulle eredità nel dopoguerra; l'operazione sottesa era quella di concentrarsi sul periodo 1938-1943, affrancandosi da una memoria — in particolare quella ebraica — che era focalizzata, come è comprensibile, sul momento delle deportazioni e dello sterminio, per tentare di comprendere se e in che modo le leggi razziali fossero state applicate dal regime fascista (3). Conviene richiamare anche un'altra data, ovvero il 1994, utile per inquadrare alcuni aspetti del lavoro di Silvia Falconieri. È la data in cui viene pubblicato il libretto dal titolo *Il mito del bravo italiano* di David Bidussa, che fa la fortuna di un'espressione molto in uso negli anni successivi fra gli storici e nella opinione pubblica, allo scopo di "decostruire" una lettura prevalente che aveva minimizzato, perfino rimosso, le responsabilità del fascismo italiano nella elaborazione e nella promulgazione di un razzismo e di un antisemitismo di Stato. Sempre del 1994 è l'apertura della prima grande mostra storico-documentaria sul razzismo e l'antisemitismo fascista, organizzata da un gruppo di giovani studiosi dell'Università di Bologna (4), promuovendo una discussione sul nodo razzismo coloniale-antisemitismo che è diventato uno dei temi centrali della storiografia recente (5), e anche del volume di Falconieri.

Se in coincidenza con i primi due anniversari della promulgazione delle leggi antiebraiche del 1938, ovvero dalla fine degli anni '80 alla fine degli anni '90, la storiografia si è concentrata in particolare su una

---

(2) Camera dei deputati, *La legislazione antiebraica in Italia e in Europa*, Camera dei deputati, Roma, 1989 e Senato della Repubblica, *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia (1943-1987). Reintegrazione dei diritti dei cittadini e ritorno ai valori del Risorgimento* (prefazione di G. Spadolini, a cura e introduzione di M. Toscano), Roma, Senato della Repubblica, 1988.

(3) Per una prima indagine compiuta in ambito regionale cfr. *Razza e fascismo. La persecuzione degli ebrei in Toscana. Studi e documenti*, a cura di E. Collotti, Roma, Carocci, 1999, 2 voll.

(4) *La menzogna della razza. Documenti e immagini del razzismo e dell'antisemtismo fascista*, a cura del Centro Furio Jesi, Bologna, Grafis, 1994.

(5) *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia*, a cura di A. Burgio, Bologna, il Mulino, 1999.

rilettura complessiva della storia degli ebrei durante il fascismo (6), ad attestare le responsabilità di Mussolini e l'autonomia della scelta del governo fascista nell'emanazione delle leggi rispetto all'alleato tedesco, o su altri temi volti a ricostruire l'applicazione zelante della normativa fascista, è stato in occasione del 70° delle leggi antiebraiche, intorno al biennio 2007-2008, che sono apparsi i primi studi che in questa nuova temperie storiografica si sono dedicati a indagare in modo puntuale il ruolo del diritto fascista e dei giuristi in materia razziale. Di recente Aldo Mazzacane è intervenuto con un denso articolo sulle relazioni fra cultura giuridica e fascismo, già oggetto di pregevoli lavori, fra gli altri, di Mazzacane e dei suoi allievi, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici (7). In anni recenti, difatti, gli storici del diritto hanno affrontato le principali questioni concernenti il ruolo del diritto — sia dal punto di vista della dottrina che delle pratiche — nelle persecuzioni antiebraiche: non solo quindi la legislazione razzista e le disposizioni amministrative, ma anche la cultura giuridica ad esse sottesa, il "Manifesto della razza", e l'applicazione del diritto. Vi è stata particolare attenzione per la legge del 1930, che regolò le relazioni fra Stato italiano e comunità ebraiche. Infine, studi recenti hanno esaminato il ruolo del diritto razzista nelle colonie e le influenze reciproche fra antisemitismo e razzismo coloniale, un tema che è oggetto di molte ricerche in corso e ancora necessita di ulteriori approfondimenti.

Il volume di Falconieri quindi si inscrive appieno in questa prospettiva che vede ormai avviato il dialogo fra storici e storici del diritto, rompendo distanze e diffidenze reciproche. Se, a parere di chi scrive, l'antisemitismo moderno è sempre un fatto giuridico, poiché contesta e mette in discussione il processo emancipatorio post-rivoluzionario, ovvero la parità nei diritti civili acquisita in Europa nel corso del XIX secolo, secondo l'A. « nella costruzione del razzismo di Stato, il discorso giuridico svolge un ruolo di particolare importanza e fa prova della sua straordinaria capacità creativa, ovvero della sua attitudine a produrre e a forgiare la realtà che esso stesso designa » (p. 11). I giuristi negli anni del fascismo, infatti, sono chiamati ad intervenire nell'elaborazione della "politica della razza", servendosi di nuove categorie e nuove definizioni, fra le quali "razza", "ebreo", "ariano". L'indagine condotta dall'autrice si struttura intorno a due piani: il primo attiene al contributo dei giuristi nella elaborazione della nozione di "razza", trasposta dalle scienze biologiche al contesto giuridico; il

---

(6) M. Sarfatti, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, Torino, Einaudi, 2000; E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2001; M.A. Matard-Bonucci, *L'Italia fascista e la persecuzione degli ebrei*, Bologna, il Mulino, 2008 (Paris, Perrin, 2007).

(7) A. Mazzacane, *Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei*, « Studi storici », 52 (2011), pp. 93-125.

secondo concerne il modo in cui il binomio "cittadino italiano di razza ariana"/"cittadino di razza ebraica" è stato accolto dalla scienza giuridica dell'epoca. Quello che si rileva dall'analisi dei luoghi di produzione del discorso giuridico razzista è anche la « complementarietà e unitarietà dell'aspetto coloniale e metropolitano del problema della difesa della razza italiana » (p. 14), come è possibile rilevare osservando il passaggio e l'innesto di un sostrato teorico e tecnico del discorso razzista coloniale, già elaborato nel corso degli anni Venti e Trenta, nel discorso e nella legislazione antiebraica. Luogo privilegiato di tale costruzione razziale erano le riviste specializzate, da « La difesa della razza », a « Razza e civiltà », « La nobiltà della stirpe », a « Il diritto razzista », ma anche « Lo Stato » di Costamagna, che concorr[ono] all'« operazione di legittimazione del "diritto razzista", come nuovo specialismo, nuova branca del diritto » (8).

L'A. dapprima esamina puntualmente l'elaborazione della definizione di razza italiana che è al centro del noto testo della *Dichiarazione della razza* approvata il 6 e 7 ottobre 1938 dal Gran consiglio del fascismo e che verrà utilizzata nel RDL *Provvedimenti per la difesa della razza italiana* del 17 novembre 1938. Sulla base delle note e dei commenti ai testi preparatori presenti nei fascicoli della Direzione generale per la demografia e la razza (Demorazza), l'autrice ricostruisce l'ampio e confuso dibattito intorno alla scelta di criteri univoci per definire la "razza italiana" e di conseguenza la "razza ebraica", sottolineando la « forte tendenza a *frammentare* lo status giuridico dell'ebreo in Italia », procedendo a una differenziazione fra ebrei stranieri residenti nella penisola — per i quali era stata prevista l'espulsione — e « i cittadini italiani di razza ebraica », che furono soggetti a uno statuto speciale, ma non furono privati della cittadinanza. Una parte del capitolo introduttivo è dedicata a una interessante e pertinente analisi delle influenze e delle suggestioni offerte dal diritto nazionalsocialista. Se la storiografia italiana, ormai da tempo, ha attestato l'autonomia della scelta di Mussolini di varare una politica della razza, nondimeno occorre non sottovalutare l'intensità delle relazioni e degli scambi fra giuristi italiani e tedeschi anche sul terreno della legislazione antiebraica (p. 38 e ss.) (9). Al contempo, Falconieri sottolinea come il diritto coloniale sia stato un luogo di sperimentazione della definizione di "razza italiana", attraverso un rafforzamento dello *ius sanguinis* in

(8) Sulla « cultura delle riviste » giuridiche si rinvia al numero di « Quaderni fiorentini », 16 (1987), e all'introduzione di P. Grossi. Per uno sguardo comparato sui luoghi di produzione dell'antisemitismo francese, cfr. V. Galimi, *L'antisemitismo in azione. Pratiche antiebraiche nella Francia degli anni Trenta*, Milano, Unicopli, 2006 (cap. III).

(9) Cfr. in merito anche E. De Cristofaro, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008.

relazione alle popolazioni d'oltremare, in continuità e vieppiù accrescendo il carattere antiassimilazionista della politica coloniale italiana anche prima dell'avvento del fascismo. Anche in questo caso, l'attenzione dell'A. alle influenze del diritto coloniale francese sui giuristi italiani offre nuovi spunti di analisi.

Passando poi ai luoghi di produzione del discorso giuridico razzista, occorre innanzitutto distinguere fra le riviste e i periodici direttamente legati al Ministero della cultura popolare e quindi in qualche modo organi della propaganda di regime, quali la rivista « La difesa della razza », fondata nell'agosto 1938 in concomitanza con l'avvio della politica razziale del fascismo, o « Razza e civiltà », organo della demorazza. Altre riviste, invece, erano più autonome, sebbene ovviamente in linea con la scelte del regime. « Il diritto razzista », creata nel maggio 1939, era ad esempio un periodo totalmente dedicato ai temi giuridici relativi alla politica razziale, e raccoglieva, oltre al suo fondatore, l'avvocato Stefano Mario Cutelli, già fondatore della rivista « La nobiltà della stirpe », un gruppo di esperti di diritto che volentieri si prestarono al collaborare all'« opera di *scientificizzazione* del diritto razzista » (p. 107). Ma il sostegno alla politica razziale non era l'unico obiettivo: vi era al contempo la necessità di impedire ai giuristi ebrei di continuare a intervenire e pubblicare, come era accaduto a più riprese per il « Foro italiano », un periodico che era stato definito dalla stampa di regime « largo di ospitalità agli ebrei », e che di fatto pubblicò un numero consistente di sentenze relative all'applicazione delle leggi antiebraiche, che talvolta includevano commenti di giuristi che, esclusi formalmente per motivi razziali, come Ugo Forti, continuavano a collaborare.

Il volume di Silvia Falconieri ripercorre in dettaglio i dibattiti intorno alla questione della "razza", al perfezionamento delle definizioni e dei criteri razziali — e i passaggi e le influenze tra colonie metropoli, ovvero fra diritto coloniale e diritto antisemita, in seno ai giuristi italiani negli anni del fascismo. Dopo tale ricostruzione, suonano ancora più stridenti le parole — citate dall'autrice in apertura della sua nota conclusiva — del giudice Sofo Borghese utilizzate in una nota del 1949 in relazione alle riparazioni e al reintegro dei diritti degli ebrei colpiti dai provvedimenti di esclusione del fascismo: « è ben vero che la campagna razziale non fu mai sentita in Italia, dove non è mai esistito un "problema ebraico" e dove gli israeliti sono stati sempre considerati dalla popolazione e dal comune sentimento — che fa onore al nostro popolo — alla pari di tutti i cittadini » (« Il foro italiano », cit. p. 261). Un esempio dei processi di autoassoluzione e di autogiustificazione anche all'interno dell'ambito dei giuristi, insieme ad altri settori della società italiana, e che hanno avuto conseguenze dirette sulle difficoltà del reintegro e nella riparazione dei diritti lesi degli ebrei nella vita del dopoguerra.

VALERIA GALIMI

CHIARA GIORGI, *L'Africa come carriera. Funzioni e funzionari del colonialismo italiano*, Roma, Carocci, 2012, pp. 1-222.

Quello degli "italiani brava gente" è un mito duro a morire. Ha avuto e ha declinazioni diverse, ma il suo carattere autoassolutorio ne ha fatto un paradossale blasone con cui guardare — tra benevolenza e commiserazione — alla storia italiana. Il "ritornello" assume caratteri ancora più inquietanti quando applicato alle vicende del colonialismo e del razzismo italiano. Non sono mancati in questi anni contributi in grado di mettere in crisi — quando non proprio di sovvertire — questa immagine fasulla e deformante. E non, certo, con lo scopo moralistico di arruolare gli italiani nella vasta schiera dei perpetratori del Male, ma con l'obiettivo, storico e politico, di ricostruire il ruolo dell'Italia e degli italiani in alcune esperienze cruciali del Novecento.

Italia e italiani: è proprio questa endiadi a offrire il miglior vertice ottico per discutere del volume di Chiara Giorgi dedicato all'amministrazione e ai funzionari italiani nelle colonie africane. Il piano di consistenza della certosina ricostruzione delle vicende e delle morfologie del sistema amministrativo coloniale italiano è infatti quello che annoda traiettorie biografiche singolari e analisi istituzionale. La storiografia più sofisticata parlerebbe di analisi multiscalare: si tratta in effetti di incrociare analisi microscopica (laddove, però, anche per la fortuna della lettrice o del lettore, biografia non fa rima con prosopografia) e veduta telescopica. L'istituzione della colonia è dunque analizzata come quel processo dinamico che salda la dimensione organizzativa e amministrativa alle vicende individuali che possono diversamente incarnarla (il che vuol dire: offrirne — in situazione — diverse interpretazioni). Si potrebbe sostenere senza eccessive forzature (dal momento che spunti in questo senso sono nel volume espliciti) che la prospettiva di Giorgi sia schiettamente governamentale. Se i riferimenti sono soprattutto alla più recente storiografia anglosassone, capace di allacciare in un unico dispositivo analitico il rapporto, che si distende su una tastiera di possibilità che va dall'estremo dell'assoluta sovrapposizione a quello della radicale distinzione, tra funzioni e funzionari, la lezione foucaultiana circola abbondantemente — e mai gratuitamente — in molti luoghi della ricerca.

Il tentativo di mostrare in che misura l'esperienza coloniale costituisca il laboratorio tra tutti più pertinente al fine di misurare convergenze e distanze tra vita (dei singoli) e forma (istituzionale) permette al volume di Giorgi di tenersi a debita distanza da forme pur diverse di riduzionismo: né l'anneddotica minuta e palpitante e neppure l'anatomia frigida della macchina istituzionale. L'impossibilità di separare la "scorza" dalla "polpa" delle istituzioni è uno dei guadagni teorici maggiori del libro. Lo studio dei funzionari coloniali appare a Giorgi un

capitolo centrale dell'"autobiografia" della nazione: nella loro vicenda si reduplica infatti una sorta di carattere originario della costruzione dell'identità nazionale italiana. La tensione strutturale tra interesse (personale) e vocazione (civile), tra preoccupazioni individuali e circoscritte e anelito a incarnare un progetto collettivo. Si capisce allora quanto cruciale sia l'interferenza tra microscopio e telescopio, tra piano della vicenda soggettiva e della messa-in-forma istituzionale. Di più: la dislocazione coloniale di questa tensione costituisce una vera e propria anamorfosi del faticoso *nation-building* italiano. L'esportazione di un progetto politico (organizzativo) e ideologico (discorsivo) — fenomeno che gli studi postcoloniali hanno dimostrato *ad abundatiam* — è il momento, pratico e concettuale, in cui esso subisce insieme un'amplificazione dei suoi tratti costitutivi e in cui possono rendersi manifeste le sue incoerenze e le sue *impasses*.

Questa catena di opposizioni — tra tecnica e biografia, vita e forme, uomini e istituzioni — non è nell'ordine della polarità o dell'incociliabilità, ma, al contrario, della transazione e della permeabilità. Ciò che lega un polo all'altro è una dinamica o una dialettica che disegna il diagramma mobile capace di descrivere le meccaniche delle molteplici istanze che animano l'amministrazione coloniale. Un diagramma, tuttavia, che ha un coefficiente di generalizzabilità limitato: esso riflette piuttosto i tratti caratteristici del *Sonderweg* amministrativo italiano. Non è un caso che Giorgi istituisca una comparazione con le esperienze francesi e inglesi. È così possibile misurare prossimità e distanza tra modi molto diversi di intendere la funzione e il ruolo della colonia nella costruzione del senso di appartenenza nazionale. D'altro canto, i differenti modi di articolare il rapporto tra colonia e metropoli sarà anche quanto permetterà, in ciascuno di questi paesi, di costruire speciali modelli di cittadinanza.

Il circuito, e il viaggio di esperienze e concetti tra metropoli e colonia, è considerato un banco di prova decisivo per afferrare la struttura intimamente differenziale del dispositivo giuridico della cittadinanza. È lo sforzo governamentale sopportato nelle colonie a produrre un'immagine della cittadinanza che disarticola la pretesa indistinzione tra colonizzazione e civilizzazione. Proprio un operatore centrale nella costruzione degli *status* giuridici coloniali — la razza — risulterà cruciale nell'allestimento delle categorie giuridiche che decideranno (insieme all'istituzione di nuove soglie di valutazione dell'umano) le regole e le procedure dell'inclusione nella civilissima Europa. Il *décalage* spazio-temporale tipico dell'esperienza coloniale — lontana nello spazio e sospesa nel tempo non storico dell'attesa — ne fanno la sede elettiva di una continua sperimentazione dei limiti delle norme, sempre e nuovamente eccettuate. Il governo dell'eccezione o la deroga perpetua sono il vero distillato giuridico e politico dell'esperienza dei funzionari dell'amministrazione coloniale.

Tuttavia, posizionarsi sul crinale che separa l'enunciazione dall'applicazione delle norme è anche ciò che permette a Giorgi l'accesso a un vasto campo di negoziazione e di contestazione della stessa normatività coloniale. La razionalità normativa è, in effetti, il piano di consistenza, o la lingua comune, capace di tenere assieme i discorsi, da un lato, e le pratiche, dall'altro. Giorgi insiste così sul potere discorsivo del diritto e sulla circolazione dei saperi, riproponendo, in una versione tutt'altro che corriva, la vitalità del nesso, già di marca foucaultiana, che annoda sapere e potere. E forse nessun'altra scena più di quella coloniale è esemplare di una simile transitività tra conoscenza e dominio. Nel volume circola infatti della teoria molto sofisticata: dai classici del postcolonialismo alle più avanzate metodologie della storia giuridica.

Con un riferimento implicito al concetto di "terzo spazio" — reso celebre da Homi Bhabha — è possibile riconoscere nella necessità di un perpetuo accomodarsi della norma alla situazione che dovrebbe regolare quella stessa dinamica che inizia a disfarla e sovvertirla. Si tratta di un meccanismo tipico del diritto coloniale e postcoloniale, che Giorgi tuttavia ha il merito di descrivere all'opera con riferimento alla materialità di situazioni biografiche concrete. Non è un caso che il capitolo del volume dal titolo a più alta densità teorica — "Dalla norma alla prassi" — sia anche quello che contiene la vicenda, per più aspetti esemplare, della relazione tra Dante Odorizzi e Osman Mahamed. Ben lungi dall'essere una coloritura, essa esibisce esemplarmente lo stesso metodo che governa la ricerca: la circolazione degli affetti e l'ambigua virtualità della norma coloniale dovranno essere sempre nuovamente "attivati" dagli attori, producendo addirittura, come in questo caso, un suo — senz'altro inconsapevole — sabotaggio.

Il resoconto dei "riprovevoli" intercorsi tra il funzionario italiano e il capo banda africano è solo una delle molte diapositive che insieme compongono quell'"album di famiglia" o quella "foto di gruppo" degli amministratori delle colonie italiane che Giorgi si propone di restituire tramite la sua ricerca. L'analisi si appunta conseguentemente sulla "composizione di classe" dei funzionari italiani nelle colonie, sottolineando, da un lato, l'eterogeneità della loro provenienza, e, dall'altro, l'assenza pressochè totale di una formazione specifica. L'impegno profuso nel volume è dunque rivolto allo stabilimento di chi e quanti furono i funzionari e, restando fedele a quell'intreccio tra piano della singolarità e livello istituzionale propriamente detto, alla determinazione dei modi concreti (il "come") del governo coloniale. Questione che può essere altrimenti posta come segue: come e in forza di quali criteri i funzionari furono selezionati e in virtù di quale orizzonte concettuale o ideologico hanno essi stessi autocompreso il proprio lavoro, la propria carriera o la propria missione (e in questo ventaglio di opzioni non si farà fatica a scorgere un ulteriore elemento di sofisticazione del piano dell'analisi).

Se a partire dalla seconda metà dell'800 il funzionario coloniale italiano è innanzitutto e perlopiù un militare o un giurista, ciò attesta della mancanza di una qualche specifica scienza dell'amministrazione coloniale. I funzionari italiani furono perciò orientalisti per caso o orientalisti sul campo: non già equipaggiati di o formati a un "sapere coloniale". Quella riduzione dell'Africa a "cosa" (posseduta e saputa), che accampa nell'esergo tolto da Dubois che Giorgi ha scelto come insegna al suo volume (titolato a un'Africa ridotta — come già il Disraeli citato da Edward Said aveva fatto per l'Oriente — a una "carriera"), sarebbe stata una lezione e una tecnica appresa *in corpore vili*. Quella dei funzionari italiani in Africa sarà perciò una *Bildung* intessuta di *terrain*, di *fieldwork*, in cui la (eventuale) "volontà di sapere" sarà più l'effetto collaterale della "volontà di potenza" che non la sua premessa epistemica profonda.

Umani, troppo umani, infatti, i "moventi" o le "ragioni per agire": i funzionari italiani si spostano oltremare mossi da sete di guadagno, spinti dal carrierismo, sedotti da una qualche esotizzante fantasmagoria. Questo orizzonte d'attesa è anche ciò che determinerà le condotte in colonia dei primi funzionari: ignoranti di luoghi, modi e linguaggi, improvvisati *bricoleurs* di una scienza del governo coloniale.

Vero punto di faglia nella vicenda coloniale italiana è l'avvento del fascismo e la costruzione dell'Impero. La transizione, anche in questo caso, è descritta da Giorgi sull'insieme di "scale" che ha considerato salienti nella composizione del fenomeno dell'amministrazione coloniale. In questo caso, i modelli classici dell'orientalismo — vivacissimi in epoca liberale — vengono esasperati e resi il carburante di una vera e propria macchina di dominio, in cui alla razzializzazione dell'altro colonizzato si accompagna la necessità di razionalizzarne il governo. Il fascismo applicherà infatti una torsione in primo luogo ideologica all'impresa coloniale, saldando a essa, in forme non estemporanee, ma strutturali (e giuridicamente trascritte), una componente razzista. Quest'ultima, che costituirà il *pivot* attorno a cui ruoterà un governo differenziale dell'accesso alla cittadinanza, tanto nella metropoli che nella colonia, deciderà sì della formazione e dell'autocomprensione ideologica dei nuovi funzionari, ma costituirà anche una pietra di inciampo notevole sulla via della costruzione dell'Impero.

Giorgi mostra infatti come durante l'amministrazione fascista delle colonie africane venga a giorno un *double bind* che aveva fino a quel momento implicitamente strutturato la macchina del governo coloniale. La necessità di comporre efficienza governamentale e ideologia imperiale, dominio del territorio e governo dei corpi, da un lato, e conoscenza delle cose e organizzazione dei saperi, dall'altro, obbligò il regime a rivolgersi a un personale — di formazione liberale — già aduso al governo coloniale, esasperando o radicalizzando la componente ideologica dell'impresa. Il fascismo, in altre parole, avrebbe provocato allo stesso tempo una rottura e una conferma del quadro prece-

dente. Se da un lato ereditava le retoriche della civilizzazione di marca liberale, dall'altro le curvava sovrapponendovi un'ideologia razzista che pretendeva di ristrutturarne l'infrastruttura istituzionale. Giorgi mostra la tendenziale divaricazione e la fatale insuturabilità dei due programmi: dominio e soggezione, da un lato, e civilizzazione e "volontà di sapere", dall'altro, erano destinati a urtare. Una simile frizione non poteva non condurre a una estremizzazione del principio di discriminazione. Un processo che ebbe un riflesso tutt'altro che estrinseco sulla produzione dell'identità nazionale: che riceveva — tramite questa funzione reduplicata del *repoussoir* coloniale — un ulteriore e più interno elemento di differenziazione così da potersi ancora distinguere e profilare.

Il fascismo — e specialmente la campagna di Etiopia — esibiscono del colonialismo italiano un'immagine più che mai ambivalente: la maggiore autonomia dei funzionari fu infatti il paradossale esito del fallimento nell'impostare, dirigere e progettare la loro stessa formazione. Questo "totalitarismo coloniale imperfetto" non faceva che esportare i vizi tipici dell'amministrazione metropolitana, esponendoli tuttavia a negoziazioni locali imprevedibili. In questo scarto prodotto dal viaggio, Giorgi può far intervenire — mostrandone la rilevanza — il ruolo giocato dalle traiettorie biografiche, dalle vicende e dalle interpretazioni personali che i funzionari diedero della macchina amministrativa. Dissonanze, deroghe, inciampi possono essere isolati lì dove il puro dominio deve necessariamente aprirsi a un circuito più lasco che integri, quale sua inaggirabile componente, un qualche tipo di conoscenza e di sapere.

Giorgi ha cura di restituire meticolosamente questa complessa struttura, attraverso un percorso pendolare dai singoli all'istituzione che essi formano e performano. Appaiono così le non esigue zone d'ombra e i non pochi slittamenti. Il farsi prassi della norma coloniale risulta infatti un prisma di rifrazione in cui brillano eccezioni e deroghe: l'accentuata svalutazione dei colonizzati si piega a negoziazioni puntuali e a possibili abusi.

Nel diastema tra discorso amministrativo — che risulta essere il vettore principale di ogni progetto coloniale — e pratiche materiali del controllo stanno proprio i funzionari: « Furono i funzionari a decidere in molti casi dei colonizzati, a tracciare le unità amministrative delle colonie mutando equilibri preesistenti, a rimodellare la realtà sociale, politica e culturale locale, ad impiantare direttamente modelli istituzionali della madrepatria e del tutto estranei al contesto dell'Africa, riadattandoli di volta in volta alle esigenze del dominio e del controllo dei territori e delle popolazioni » (p. 201).

Sembra dunque questa la pista — di cui Giorgi ha mostrato la necessaria percorribilità nei due sensi di marcia — che è opportuno imboccare per poter istituire quel raccordo tra la storia delle istituzioni e dell'amministrazione e la vicenda coloniale italiana, e che, specchian-

do l'una sull'altra, aumenti la comprensione storica almeno tanto quanto affini la consapevolezza politica.

MICHELE SPANÒ

PROFILI DI GIURISTI
(a cura di Massimiliano Gregorio)

Il "giureconsulto della politica". Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, a cura di Giacomo Pace Gravina, Macerata, EUM, 2011.

Con questa recensione torniamo a dare spazio ad un filone della letteratura storico-giuridica che sta conoscendo, in questi ultimi anni, sempre maggior fortuna. Si fa riferimento alla riscoperta di quegli autori che la dottrina si era per molti anni abituata a definire per differenza — e non senza venature vagamente spregiative — 'preorlandiani' (1). Come noto, il prefisso 'pre' stava ad indicare non tanto e non solo una precedenza cronologica (giacché alla categoria vengono generalmente ascritti anche studiosi coevi al grande Maestro palermitano), quanto piuttosto una sostanziale vetustà di approccio, una complessiva arretratezza insomma, che si traduceva in una scarsa consistenza scientifica. Oggi, la rinnovata e consapevole attenzione — e l'incipit del saggio, *Angelo Majorana: per una fisiologia del Diritto Pubblico,* di Giacomo Pace, ne è buona conferma (p. 95) — che la dottrina rivolge a quegli autori ci dice che quel giudizio deve essere sostanzialmente ripensato. E non, ovviamente, attraverso il ridimensionamento della portata della rivoluzione metodologica orlandiana, che rivoluzione vera fu senz'altro. Ma rivalutando invece le ragioni (a ben vedere, nient'affatto *retrò*) di coloro che avevano perfettamente colto i rischi insiti nell'operazione di Orlando, non ultima la natura anche ideologica di quella raffinatissima costruzione tecnico-scientifica.

---

(1) Mi è capitato, in un breve scritto di pochi anni fa, di suggerire l'adozione di una diversa dicitura: quella di 'non orlandiani' che, pur continuando a classificare questi autori per differenza, avrebbe quanto meno il pregio di valorizzare l'importanza della rivoluzione metodologica orlandiana senza per questo dover stigmatizzare come non scientifiche le voci ad essa non allineate. Cfr. M. Gregorio, *Apologia breve dei non-orlandiani* in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

L'utilità di questo volume, infatti, pare proprio questa: la capacità cioè di aprire una finestra — attraverso la ricchissima ricostruzione della complessiva vicenda umana, politica e dottrinale di Angelo Majorana — su un'intera epoca: quella a cavaliere tra i secoli XIX e XX, la cui rilevanza per la scienza del diritto costituzionale è persino superfluo sottolineare.

Di quegli anni densi e prolificissimi l'opera svela innanzi tutto l'affascinante *milieu* culturale che, nel caso di Majorana (ma si potrebbe tranquillamente affermare la stessa cosa per buona parte dei protagonisti del dibattito dottrinale di quegli anni), si nutre di apporti molteplici, riconducibili ad almeno due grandi filoni: da un lato quello europeo del positivismo ottocentesco, filosofico ancora prima che giuridico; dall'altro quello tutto locale della sicilianità, « l'enigma della scuola siciliana » (p. 95) come lo definisce Pace.

E di enigma sembra davvero corretto parlare se si pensa che i maggiori giuspubblicisti dell'epoca ebbero i propri natali *ultra Pharum*: Orlando, Mosca, Romano, Arangio Ruiz, Arcoleo, lo stesso Majorana. La Sicilia è quindi assai più della semplice ambientazione (che la nota sulla situazione socio-economica ragusana dell'epoca scritta da Chessari aiuta ad illustrare) della nostra vicenda: essa ne è a buon diritto co-protagonista. Eppure, di scuola siciliana non si può parlare. Lo spiega bene il saggio di Antonio Cappuccio, che ripercorre l'intera vicenda della accademia siciliana nel corso dell'Ottocento, prima sotto i Borboni, poi nell'unificato Regno d'Italia. Non vi fu scuola perché non vi fu un centro di formazione egemone, non vi fu omogeneità di approccio, né discendenza da un unico Maestro. Vi fu, questo sì invece, l'appartenenza ad un ristretto ceto sociale, articolato attorno ad una precisa geografia familiare che portava i rampolli delle diverse dinastie ad incontrarsi sugli stessi sentieri, che erano quelli della teoria del diritto, della pratica del diritto e, infine, della politica (il volume offre anche una breve ricostruzione della carriera parlamentare di Majorana a firma di Giorgio Veninata). In Sicilia si realizza appieno, insomma, quell'idea tipicamente liberale di giurista che, nel saggio *Dalle Università del sapere all'Università della scienza,* Cappuccio, riprendendo un felice sintagma di Aldo Mazzacane, definisce come « uno e trino » (p. 143). E se è quindi possibile spiegare la straordinaria fioritura di giuspubblicisti (assai più numerosi dei civilisti ad esempio, che pure, in quegli stessi anni, annoverarono tra le proprie fila figure di prim'ordine quali Giuseppe Messina o Enrico Cimbali) richiamandosi alla straordinaria esperienza e alla duratura influenza del Parlamento del 1812, « principale evento fondativo della cultura siciliana » come sottolinea Pace (p. 96), resta tuttavia ancora un mistero la straordinaria fioritura di intelligenze giuridiche che la Sicilia produsse in questo frangente storico.

Quello che è certo, per venire all'altro grande filone culturale che animò la scena dottrinale siciliana nella seconda metà del secolo, è che

tali intelligenze vennero adeguatamente coltivate nello studio della letteratura europea. Un approfondito campionario degli autori che contribuirono ad alimentare il pensiero di Majorana lo ritroviamo nella colta analisi di Francesco Migliorino (*Ragione, Probità, Benevolenza*) che, aldilà dei classici della prima formazione (Platone, Aristotele, Vico, Machiavelli) e della ovvia giuspubblicistica tedesca (Mohl, Stein, Gneist, Gerber, Laband), mette soprattutto l'accento « sui serbatoi culturali che animavano [...] la gaia ventata positivistica » (p. 73). Ecco allora emergere dagli scaffali della palestra formativa di Majorana autori quali: John Stuart Mill, Thomas Robert Malthus, Adam Smith, Jeremy Bentham e il sempre citato Gian Domenico Romagnosi. Ma anche Ludwig Gumplowicz e Henry Summer Maine, oltre a psicologi sperimentali quali Wilhelm Maximilian Wundt o Giuseppe Sergi. Ma a farla da padroni, aggiunge Migliorino, sono soprattutto due grandi esponenti della cultura evoluzionistica: Herbert Spencer e Ernst Haeckel, più manipolatori che eredi dell'originaria teoria darwiniana dell'evoluzione.

È alle teorie di questi ultimi che Majorana si rifà sovente nel proprio personale percorso di definizione di un approccio metodologico. Gli esiti sono paradossali, a volte persino surreali. La singolare capacità di comprendere e di padroneggiare ambiti scientifici diversissimi (diritto, economia, finanza, matematica, fisica, scienze naturali) conduce Majorana ad adoperarne gli strumenti con grande disinvoltura, mischiandoli in una centrifuga che produce risultati spesso sconcertanti. Egli non si limita infatti ad aderire alle premesse di fondo del positivismo: alla straordinaria fede cioè nelle leggi storiche del progresso e alla conseguente sconfinata fiducia nelle capacità della scienza di interpretarle. Se così fosse stato, oggi potremmo semplicemente rubricare la sua *Legge asintotica del progresso* al ruolo di efficace (e azzeccatissima) metafora della *Weltanschauung* positivistico-ottocentesca circa la storia umana, intesa come « grandiosa manovra di avvicinamento a una condizione di progressivo equilibrio » (p. 84). Ma il vivido intelletto di Majorana lo induce a spingersi ancora più in là. Egli sceglie infatti di leggere gli aggregati sociali e lo stesso fenomeno giuridico attraverso gli occhiali del meccanicismo e dell'evoluzionismo, ricorrendo cioè a leggi biologiche, matematiche e fisiche. In virtù di ciò, Majorana spiega la dinamica tra individuale e sociale, tra differenziale e integrale, con le leggi della meccanica, facendo ricorso ai concetti di forza, di movimento e di attrito. Ma il meccanicismo, che ben si adattava a spiegare le pretese individuali, ossia i movimenti delle singole componenti del sistema, andava contemperato con l'organicismo, in grado di cogliere invece l'aspetto mediano del sistema stesso. Di qui la considerazione in base alla quale la complessità dei fenomeni sociali si fondava proprio su questa commistione di momenti meccanici (preparatori, scatenanti i processi) e di momenti organici (finali, concludenti i processi), tra i quali il diritto poteva ben esprimersi attraverso una

formula matematica quale quella della media geometrica, utile a trovare la giusta via mediana tra le diverse istanze sociali.

L'acuta e garbata ironia di Migliorino sottolinea perfettamente le tante stravaganti divagazioni di Majorana nelle scienze dure, ma, a ben vedere, la stravaganza si ferma alle procedure, alle argomentazioni, ai percorsi utilizzati per giungere ai risultati e per giustificarli. Volendo così prescindere dal "*Discours de la méthode*" (p. 72) di Majorana (perfetto esempio peraltro delle ragioni che condannarono la dottrina eterodossa rispetto ad Orlando a soccombere scientificamente di fronte al rigore sistematico del Maestro palermitano) e concentrandosi unicamente sulle conclusioni, occorre infatti riconoscere che queste ultime appaiono tutt'altro che singolari. Al contrario, risultano perfettamente coerenti con i *tòpoi* più classici del pensiero sociale del secolo XIX: la fiducia cieca nel progresso e la ricerca costante dell'equilibrio, di un principio mediano.

È per questa via che — attraverso la ricostruzione di Luigi Lacchè, *Lo Stato giuridico e la costituzione sociale. Angelo Majorana e la giuspubblicistica di fine secolo* — scopriamo un Majorana perfettamente inserito nel proprio tempo e, soprattutto, protagonista nient'affatto eccentrico del dibattito dottrinale che animò gli anni a cavaliere tra i due secoli. Dalla sua teoria sociologica del diritto pubblico, indirizzo di cui egli fu certamente tra gli esponenti di punta, emergono così due concetti cardine: quello di "Stato giuridico" e quello di "costituzione sociale" (p. 23 e ss.).

Per ricostruirli, Lacchè intesse giustamente un confronto costante e imprescindibile con la teorica di Orlando, a cominciare dalla netta partizione tra sfera giuridica e sfera politica che costituisce, come è noto, lo spartiacque preliminare tra i sostenitori della scuola giuridica nazionale e le voci critiche rispetto alla proposta orlandiana di rifondazione epistemologica della disciplina. Per Majorana il diritto costituzionale è materia al tempo stesso giuridica e politica e la sua vocazione — afferma nella Prolusione *La tutela del diritto nel governo rappresentativo* del 1887 — è quella « di dare norme e limiti giuridici alla politica » (p. 34). Le divergenze di approccio con Orlando, quindi, sono molte e nette, ma è impossibile trattarne senza prima premettere un dato che ad esse fa da deciso contraltare, ossia la profonda e autentica amicizia che legò sempre i due, le testimonianze della quale punteggiano l'intero volume (2), trovando poi nel carteggio di lettere personali ed affettuosissime, inserito in appendice, la sua espressione più vivida. Ciò non impedì naturalmente a Majorana di esprimere le proprie critiche

(2) Tra queste, particolarmente significativa è la decisione di Orlando di coinvolgere l'amico nella collaborazione scientifica e nella promozione e diffusione dell'« Archivio di diritto pubblico ».

nei confronti della costruzione del *Rechtsstaat* orlandiano, che svolse peraltro con argomentazioni assai lucide e pregnanti.

In primis, egli reinterpretò infatti lo stesso concetto di *Rechtsstaat*, traducendolo non con l'usata formula 'Stato di diritto', bensì con l'espressione 'stato giuridico'. E ben si coglie il perché, visto che per il nostro autore ogni Stato andava considerato per definizione giuridico. L'obiettivo è chiaro: depotenziare la grande architettura teorica prodotta dalla giuspubblicistica tedesca distinguendo in essa un duplice profilo: quello metodologico — del quale egli è perfettamente disposto a riconoscere l'efficacia e persino la necessità — e quello dogmatico-ideologico. Ed è proprio su quest'ultimo terreno che mi pare le intuizioni di Majorana risultino particolarmente felici. Egli stigmatizza infatti proprio gli scopi politici sottesi a quella mirabile costruzione tecnica, notando, già a proposito del pensiero dello Gneist, come « le preoccupazioni politiche si [fossero] fatte valere in una teorica che da esse apertamente vorrebbe prescindere » (3). L'eredità dogmatica tedesca pare insomma a Majorana un frutto avvelenato da alcuni presupposti di fondo che egli non esita a chiamare col loro nome: « mal celata antipatia per le idee democratiche e certa tendenza all'autoritarismo » (4); idee assai distanti dal pensiero politico del nostro autore, peraltro ben ricostruito nel saggio di Giuseppe Barone (*Tra scienza e politica: Majorana ministro*) dedicato all'esperienza ministeriale di Majorana, fermamente incardinata nel solco del "riformismo liberale" (p. 57) e pertanto vicina alle posizioni di un Giolitti e di uno Zanardelli.

Non sembra del resto esservi soluzione di continuità tra il credo politico di Majorana e la lettura che egli forniva della storia umana. Il rifiuto dello statualismo (quello germanico, ma anche quello dell'amico Orlando) affondava infatti le radici nel timore di una rimozione delle istanze democratiche con le quali egli, come buona parte della giuspubblicistica eterodossa, riteneva inevitabile il confronto. Il pensiero di Majorana si presta infatti perfettamente a risolvere uno dei dilemmi che spesso ritorna quando si teorizza la maggiore elasticità e apertura dei giuristi non-orlandiani nei confronti delle istanze di democrazia emergenti. Essi non erano certo dei radicali, né auspicavano rivolgimenti significativi degli equilibri sociali. Più semplicemente, forti della loro incrollabile fede nel progresso, ritenevano sbagliato costruire un fortino (giuridico) attorno allo Stato per proteggerlo dalle pretese della società. Le « sfide impervie che lo Stato liberale di diritto [doveva] affrontare per garantire l'inesorabile sviluppo del 'senso democratico' » (Lacchè, p. 37) non potevano fare paura. Erano connaturate a quel percorso di

---

(3) Così MAJORANA (*Il sistema dello Stato giuridico*, « Antologia giuridica », III) citato da LACCHÈ, p. 32.

(4) Così MAJORANA (*Del Parlamentarismo. Mali-Cause-Rimedii*, Roma, 1885) citato da LACCHÈ, pp. 33-34.

perfezionamento sociale entro al quale tutti erano chiamati a recitare la propria parte. E con questo spirito andavano affrontate. Negarle, invece, avrebbe significato negare la stessa legge storica del progresso.

Rifiutare la *reductio ad unum* che conduceva ad assorbire l'intero spazio pubblicistico entro i confini statuali significava anche, per Majorana, disegnare un ruolo della dimensione sociale del tutto diverso da quello preconizzato da Orlando. L'individualismo di Majorana, infatti, si gioca tutto in chiave anti-statualistica e se questo, da un lato, lo porta a recuperare principi e stilemi della vulgata giusnaturalistica, dall'altro non gli impedisce affatto di accedere ad una visione della dimensione sociale nient'affatto atomistica. Ed è proprio la società a produrre — in netta antitesi con la teorica orlandiana — la costituzione, che è — per l'appunto — come ben nota Lacchè, *costituzione sociale*. Nel senso che è originata dalla società o, meglio ancora, è essa stessa il modo di essere della società, che la produce attraverso « le sue forze e le sue dinamiche, i suoi modi di essere e di evolvere » (p. 48). È indiscutibilmente dualistico il paradigma entro il quale si muove Majorana: accanto (e di fronte) al polo statuale, c'è sempre il polo sociale, produttore della costituzione. Il sociologismo di Majorana acquista così caratteri peculiari, si rivela figlio di una convinzione precisa: che non si potesse comprendere cioè la sfera costituzionale concentrandosi unicamente sulla dimensione statuale (che egli concepiva sempre come punto di arrivo e mai come punto di partenza), ma che occorresse invece tenere insieme (e possibilmente in equilibrio) polo statuale e polo sociale.

E se è vero che il pensiero di Majorana non conduce ad approdi definitivi, che il « suo lavoro scientifico non offre soluzioni, ma pone problemi » (p. 52), è altrettanto vero che quei problemi esistevano e che egli era ben riuscito ad individuarli. E se l'approdo definitivo non è chiaro, quantomeno occorre riconoscere a Majorana il merito di aver saputo illuminare una direzione, un percorso da seguire. È in tal senso che si può interpretare infatti la sua predizione sul futuro del parlamentarismo, che avrebbe dovuto evolversi nel senso di un « sempre maggiore esercizio diretto della sovranità da parte della nazione » (5). In fondo, Majorana aveva perfettamente compreso la sfida che attendeva la dottrina e la classe dirigente del suo tempo: rinvenire cioè un nuovo equilibrio tra le usate istanze dell'individualismo e le emergenti esigenze della socializzazione, ossia « tra il valore antico della libertà e quello nuovo dell'eguaglianza » (6).

MASSIMILIANO GREGORIO

---

(5) MAJORANA, *Il Governo parlamentare all'inizio del secolo XX* (1901), citato da LACCHÈ, p. 53.

(6) *Ibidem*.

MARCO PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, vol. I, (1939-1950), Milano, Giuffrè, 2012 (Quaderni di « Studi Senesi », n. 124).

Massimo Severo Giannini (1915-2000) è scomparso da poco più di un decennio, ma gli studi sulla sua figura intellettuale sono già numerosi (in particolare, i saggi di Sabino Cassese dedicati alla vita e all'opera del maestro). Nella scienza italiana del diritto pubblico, il solo precedente paragonabile (per mole di studi a pochi anni dalla scomparsa) è quello di Vittorio Emanuele Orlando, con la differenza, tuttavia, che Orlando, oltre che affermato avvocato e celebre studioso, fu anche un uomo politico di notevole rilievo nella prima metà del Novecento. Anche Giannini si è dedicato, a più riprese, alla vita politica e istituzionale, ma le sue fortune sono più legate alla produzione scientifica. Egli fu una voce innovativa e dissonante in campo giuridico: per Giannini « il giurista non [è] un conservatore di crisalidi ma il percettore d'una esperienza » (P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 229). E, sulla base di tale concezione, egli ha posto le fondamenta per una profonda trasformazione delle modalità di studio del diritto pubblico.

L'opera prima di Marco Pastorelli è dedicata al contributo giuridico degli anni giovanili di Giannini, dal 1939 al 1950. Si tratta di uno studio accurato e, per certi versi, graffiante del primo decennio di produzione scientifica di Giannini, articolato, dopo una breve introduzione, in quattro parti.

La prima è dedicata all'impianto metodologico e concettuale, allo statuto disciplinare e alle nuove problematiche del diritto amministrativo. La seconda ha ad oggetto i contenuti della materia: in particolare, indagando sui modi d'esercizio del potere amministrativo, esamina la teoria della pluralità degli interessi e la loro ponderazione discrezionale. La terza approfondisce l'impegno politico e istituzionale di Giannini, con riguardo, soprattutto, all'incarico di capo di gabinetto presso il Ministero per la Costituente. La quarta, infine, analizza il tentativo giovanile di ricostruzione della materia, per il tramite di una particolare idea di sistema, non distante dalla tradizione, ma orientata verso l'innovazione.

Nel primo capitolo l'a., anziché partire dalle due monografie del 1939 (sull'interpretazione dell'atto amministrativo e sul potere discrezionale dell'amministrazione), prende le mosse dal saggio storico del 1940 negli *Studi sassaresi*, per poi passare allo studio monografico sull'interpretazione. Parte, cioè, dal problema del metodo e delle nuove aree di studio, che è certamente centrale nell'opera di Giannini, caratterizzata dall'applicazione di tecniche realistiche e dalla significativa

apertura alle scienze sociali, e ad esso collega il problema ermeneutico ed epistemologico.

Sul primo profilo, del metodo, Pastorelli perviene alla conclusione che il "realismo" di Giannini sia stato più una specie di "formalismo": « Infatti, il metodo gianniniano non indaga realtà sociali, ma solo realtà giuridiche; in esso non vi è storicismo del diritto, ma solo storicità dei concetti giuridici; e non vi è spazio per l'apporto creativo dell'interprete, tranne l'obbligo di adattare la norma scritta all'evoluzione dell'ordinamento » (p. 61); « Del resto, il formalismo che egli intendeva combattere non era certo la separatezza e l'astrattezza del metodo orlandiano, ma piuttosto il concettualismo che sottende "l'evasione da un impegno", il logicismo degli "scienziati del diritto" [che] pretendono che sia la realtà giuridica a doversi adattare ai loro ordini concettuali, attribuendo "a questi un valore metastorico e assoluto" » (p. 62).

Sul secondo aspetto, relativo all'assetto concettuale e alle nuove problematiche, l'a. si sofferma dapprima sugli studi di teoria generale, a partire da quelli relativi alla pluralità degli ordinamenti giuridici (« il nucleo della teorica gianniniana appare la frattura del nesso genetico tra fatto e diritto [...]. In sostanza, una volta precisato che il diritto non è un *a priori* rispetto al gruppo sociale e che la giuridicità non è solo *dover essere*, Giannini nega l'identificazione tra *essere* e ordinamento giuridico, ribadendo la grande dicotomia humiana tra fatti e valori normativi », p. 28), ove l'istituzionismo di Giannini, rispetto a quello del maestro Santi Romano, « ha una portata più pratica che teoretica » (p. 30). Per passare, poi, alla nota polemica con Bobbio, scaturita dall'indagine ermeneutica compiuta nel volume sull'interpretazione dell'atto amministrativo e nei saggi sull'analogia, attraverso i quali Giannini dà vita a una « sorta di "palingenesi concettuale" »: da un lato, l'interpretazione è uno dei momenti di applicazione del diritto e, dall'altro, l'interpretazione giuridica, in quanto disciplinata dal diritto, è anzitutto giuridica e soltanto poi naturale (p. 46). Pervenendo, infine, all'analisi delle nuove problematiche arate da Giannini: in particolare, l'a. esamina gli studi sull'ordinamento sezionale del credito e sulla distinzione tra persone giuridiche.

Il secondo capitolo è dedicato alla teoria della discrezionalità amministrativa, elaborata da Giannini nella celebre monografia del 1939 su *Il potere discrezionale*. Si tratta forse dell'apporto teorico gianniniano che ha riscosso maggior fortuna e che è frutto dell'applicazione del nuovo metodo d'indagine, scaturente dalla combinazione tra l'approfondita analisi della giurisprudenza e il concreto atteggiarsi dell'agire delle pubbliche amministrazioni. L'a., attraverso un esame in parallelo delle due monografie del 1939, ricostruisce l'impianto concettuale gianniniano, delineando il perimetro, strutturale e funzionale, dell'agire discrezionale, i suoi limiti giuridici, il rapporto tra funzione amministrativa e interpretazione, le forme di sindacato giuridisdizionale sull'attività amministrativa. La rilevanza dell'organizzazione ammini-

strativa, la centralità delle funzioni, la pluralità e conflittualità tra interessi pubblici erano tutti concetti "nuovi" per il diritto amministrativo italiano e costituivano le fondamenta dell'idea di ponderazione discrezionale tra interessi.

Pastorelli, dopo aver compiuto una puntigliosa analisi relativa al ruolo dell'amministrazione e al rapporto, negli anni Trenta, tra attività amministrativa e legge, rileva come i due maggiori giovani giuspubblicisti italiani dell'epoca avessero entrambi ben chiaro che la legge non potesse costituire un limite teleologico per il potere amministrativo (contrariamente alla tesi di Zanobini). Ma mentre Giannini rivendicava « uno spazio di autonomia per l'amministrazione », attraverso il riconoscimento di una vera e propria riserva di amministrazione, libera sia dall'influenza politica sia dal sindacato del giudice, Costantino Mortati ricercava i limiti e gli scopi della funzione amministrativa « al di là della legge, agli estremi confini tra ordinamento giuridico e Stato-comunità », in pratica nella funzione di indirizzo politico (p. 130): di qui l'accesa polemica con Mortati sul rapporto tra legittimità e merito. Per Giannini, sostiene Pastorelli, « non era la società a determinare politicamente l'assetto fondamentale dello Stato, bensì era lo Stato, messo al riparo dalle pressioni e dalle istanze, parziali e conflittuali, della società di massa, a dirigerne gli interessi attraverso l'apparato amministrativo » (p. 153).

Un libro, quello sul potere discrezionale, che, attaccato da Mortati e stroncato da Carnelutti, soltanto negli anni Cinquanta e Sessanta venne rivalutato per le ricadute su funzioni, organizzazione e attività.

Il terzo capitolo, forse il più interessante, descrive l'impegno politico al fianco di Nenni, dapprima nel partito socialista di unità proletaria e poi in qualità di capo di gabinetto del Ministero per la Costituente.

Pastorelli illustra le proposte di ricostruzione costituzionale dello Stato elaborate da Giannini: la soggettivizzazione degli interessi corporativi nella struttura dello Stato, ad esempio attraverso la costituzione dei consigli di gestione delle aziende, intesi quali elementi primi della pianificazione economica (si sarebbe trattato di « una delle prime applicazioni della teorica dell'ordinamento sezionale al campo dell'organizzazione economica », p. 188); più in generale, il problema della non istituzionalizzazione della rappresentanza degli interessi (Giannini sosteneva, tra l'altro, la necessità di una rappresentanza organica o professionale in Parlamento), segnalando invece l'insidia altissima della concentrazione di interessi corporativi privi di democrazia interna e deresponsabilizzati rispetto al conseguimento di interessi generali (partiti, sindacati, ecc.); la necessità della formazione di una nuova classe dirigente; una forma di governo parlamentare (ma con il Parlamento non in posizione di centralità), fondata sulla rigida separazione dei poteri.

Secondo Pastorelli, « la costituzione di Giannini rimaneva ancorata alla tradizione giuridica italiana otto-novecentesca: la dottrina che la ispirava era ancora quella dello Stato-persona, anche se lo Stato che raffigurava non era più l'ordine liberale ottocentesco, agnostico e monoclasse, bensì lo Stato pluriclasse, dirigista e programmatico, della società industriale del Novecento, lo Stato ripensato come ordinamento generale di pubblici poteri, dilatato nelle sue estreme articolazioni fino ad assorbire, gestire e governare ogni forma di interesse collettivo, statizzato o semplicemente istituzionalizzato. Era la rappresentazione, se non di un Stato socialista, di un Socialismo di Stato, di un moderno Leviatano in grado di dispensare giustizia sociale e benessere economico ad un Paese ritenuto troppo debole per scacciare i "fantasmi della reazione" e che affidava alla forza del diritto e dell'efficienza degli apparati la costruzione della società nuova disegnata dalla costituzione » (pp. 228-229). Una costituzione, dunque, bisognosa di molti guardiani e di nessun custode, con l'amministrazione nella veste di guardiano più potente.

Questa parte si chiude con l'aspro dissidio con Nenni, sul finire del 1947, l'abbandono della politica attiva e il ritorno agli studi. Ad avviso di Pastorelli, Giannini rimase abbagliato da una di quelle mitologie costituzionali che aveva sempre avversato: « la convinzione, cioè, che un'assemblea, sovrana perché voluta dal popolo, possa ripensare *ab imis* la struttura dello Stato e le regole della convivenza civile; e che l'ordine nuovo disegnato nella costituzione possa realizzarsi più con la perizia delle *élites* e la forza del diritto, che col sostegno di una società che si fa "regime" attorno a quel programma. Più *res publica* che *res populi* » (pp. 237-238).

Il quarto e ultimo capitolo ha per oggetto le *Lezioni* del 1950, elaborate sulla base dei corsi tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia.

Pastorelli evidenzia due limiti dell'opera.

Innanzitutto, la svalutazione dell'attività amministrativa e del procedimento. Nelle *Lezioni*, « rovesciando l'impostazione tradizionale, [...] si ha una preminenza logica e teorica della dimensione organizzativa, di cui l'attività finisce per essere un mero riflesso sul piano dinamico della cure degli interessi » (p. 251), con la discrezionalità concetto chiave dell'azione e con la conseguenza che « lo studio funzionale dell'agire amministrativo sfugge ad una sintesi teorica di carattere generale », rappresentando il provvedimento (quale puntualizzazione del rapporto tra autorità e libertà) l'unico momento di emersione giuridica dell'attività (p. 256).

In secondo luogo, l'eccessivo ancoraggio alla tradizione nel tentativo di ricostruzione sistematica della materia. L'ultimo paragrafo del volume, difatti, è dedicato allo scopo delle *Lezioni*: « la ricostruzione del diritto amministrativo inteso come sistema di norma, principi e istituti è solo un aspetto della complessa operazione compiuta da

Giannini nel 1950, il cui vero obbiettivo, una volta dissolto il paradigma antropomorfico, non poteva che essere la rifondazione del "sistema Stato", inteso come ordinamento giuridico generale » (p. 318). Al centro del sistema delle *Lezioni*, infatti, c'erano ancora saldamente, in sintonia con la tradizione romaniana e zanobiniana, lo Stato-ordinamento e la sua sovranità, completamente dissociati dallo Stato-comunità.

Ad avviso dell'a., le *Lezioni* « costituirono l'ultimo tentativo della giuspubblicistica italiana di ordinare lo Stato novecentesco entro le categorie della supremazia della pubblica amministrazione e della specialità del diritto amministrativo. Un affresco destinato a deteriorarsi in fretta, sia per l'incessante e disordinata evoluzione dei moduli organizzativi e delle forme di attività dei pubblici poteri del secondo dopoguerra, sia per il venir meno dei postulato statualistico della separazione tra Stato e società, con la progressiva erosione del *régime administratif* e la trasformazione del diritto amministrativo in un "diritto comune a privati e a pubblici poteri" » (pp. 243-244).

Il libro di Pastorelli, come detto, è connotato dall'estrema accuratezza dell'esame dei principali scritti di Giannini e dalla ricca descrizione del contesto di riflessione giuridica nei quali essi si iscrivevano. Tale ricchezza induce talvolta a un uso "esondante" delle note a piè di pagina e talaltra a deviazioni non strettamente necessarie (ad esempio, le quaranta pagine dedicate alla ricostruzione del dibattito scientifico sull'atto amministrativo nella prima metà del Novecento, pp. 259-299). Sicché il libro perde, talora, di compattezza e di efficacia.

Ciononostante, la linea di fondo del volume è chiara. Il giovane Giannini è, secondo Pastorelli, un formalista (anche se anticoncettualista); uno statalista convinto, che mira all'affermazione, attraverso il dirigismo e la pianificazione, di un Socialismo di Stato; un portatore di una idea autoritaria di amministrazione, all'interno della quale far scolorire gli interessi frazionati e le pulsioni sociali alla luce dell'interesse generale; un illuso sul piano politico, ritenendo di poter costruire un nuovo ordine costituzionale attraverso il solo apporto della classe dirigente elitaria; un devoto della tradizione della scuola di diritto pubblico e ossequiente alle idee romaniane e zanobiniane; uno stenuo alfiere della specialità del diritto amministrativo. Circa le teorie principali, l'istituzionismo gianniniano ha portata più pratica che teorica; gli sviluppi della ponderazione discrezionale derivano dalle revisioni operate successivamente da altri autori; l'individuazione del centro del sistema nell'organizzazione svilisce l'attività e il procedimento.

Un ritratto, dunque, tutt'altro che agiografico e, anzi, fortemente ridimensionante e corrosivo: se ne ricava l'impressione complessiva di un innovatore molto conservatore (più bruco che farfalla).

Giannini fu un "formalista"? Sicuramente (e su questo si condivide il giudizio dell'a.) egli non ruppe mai il legame con la tradizione, tantomeno nel primo decennio di attività (in ordine a tale periodo, però,

non si può dimenticare, da un lato, che stiamo parlando di un giovane tra i ventiquattro e i trentacinque anni e, dall'altro, il rigore del rapporto gerarchico nell'accademia degli anni Trenta e Quaranta: tenuto conto di questo, Giannini fu fin troppo intraprendente e "anarchico" per la sua epoca). Ma è altrettanto certo che fu tra i primi e più decisi a battersi contro la dogmatica, l'ideologismo, l'astrattismo. In tal senso, egli può essere considerato un anti-formalista (anche se è vero che non si dedicò a indagare realtà sociali).

Giannini fu, negli anni Quaranta, uno statalista convinto. Ma non si può dimenticare che si trattava di ricostruire dalle macerie della seconda guerra mondiale: occorreva ricreare istituzioni e strutture. Per poter decostruire lo Stato, come avvenne negli anni Sessanta e soprattutto Settanta, bisognava prima ricostruirlo. E, ad avviso di Giannini, era prioritario partire dalle funzioni e dalle strutture. Ma è sufficiente guardare agli studi sull'autonomia comunale tra il biennio 1947-49 per capire come la sua idea di ordinamento fosse profondamente diversa da quella dei maestri che lo avevano preceduto, improntata al pluralismo e all'ampia autonomia (si pensi, ad esempio, alle funzioni proprie degli enti locali).

È del tutto naturale, poi, che Giannini, politicamente attivo nel partito socialista, volesse costruire, nell'immediato dopoguerra, uno Stato socialista. Ma era un'idea di Stato diversa dal Leviatano che aveva condotto agli orrori della guerra. Si trattava di garantire servizi e prestazioni essenziali alla collettività e Giannini, guardando ai Paesi del Nord Europa, rinveniva la soluzione organizzativa nel coordinamento tra enti pubblici territoriali e quella funzionale nella pianificazione e programmazione (strumenti che avrebbero attratto ancora almeno per due decenni l'attenzione della scienza del diritto).

Le sue *Lezioni* furono « l'ultimo tentativo della giuspubblicistica italiana di ordinare lo Stato novecentesco entro le categorie della supremazia della pubblica amministrazione e della specialità del diritto amministrativo »? Innanzitutto, due anni dopo, nel 1952, Aldo M. Sandulli diede alle stampe la prima edizione del *Manuale di diritto amministrativo*, che fu l'ultimo tentativo di costruire un sistema. In secondo luogo, per utilizzare le parole di Paolo Grossi, nelle *Lezioni* « Giannini incarna a pieno l'immagine del giurista costruttore, interprete del presente ma già disegnatore del futuro perché tiene viva in sé la coscienza del mutamento. Tre sono le valvole respiratorie con cui egli fa del testo normativo una realtà viva: la storia, la sociologia, la teoria generale. Tre strumenti usati a profusione in questo corso di lezioni e che, sapientemente usati come ricchezza degli occhi dell'interprete, riescono a esaltare e a fondare la stessa specificità del diritto amministrativo » (P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., 301).

Si è parlato, sin qui, del contenuto del libro. In conclusione, pare utile fermarsi su ciò che in esso manca o non è adeguatamente sviluppato.

Il libro inizia con il Giannini ventiquattrenne delle monografie di esordio e dei *Profili storici*: un giovane dal bagaglio culturale vastissimo, fin troppo sicuro di sé, tagliente nel ragionamento e corrosivo nei giudizi. Da dove proveniva questo "fuoriclasse" del diritto? Nulla si dice dei primi ventiquattro anni di formazione. Che studi scolastici aveva fatto Giannini? Come mai aveva accumulato un bagaglio culturale così vasto e ramificato? Chi erano i suoi professori universitari? Quali erano le sue frequentazioni culturali? E, soprattutto, perché non si fa quasi cenno alla figura paterna di Amedeo Giannini? Nel libro se ne accenna una volta sola, in nota. Perché il figlio di uno tra gli uomini più in vista del regime fascista divenne antifascista, partigiano, socialista?

Soltanto le opere principali dello studioso romano sono trattate in modo approfondito, mentre i molti (talvolta brevi) scritti minori sono analizzati a fondo soltanto in alcune parti (ad esempio, nel terzo capitolo, che, si ribadisce, è il più interessante e meglio costruito).

Infine, manca un approfondimento specifico relativo alle influenze culturali del giovane Giannini. Ad esempio, pur accennandosene nel capitolo sul potere discrezionale, non si sottolinea adeguatamente che Giannini fu tra i primi in Italia a studiare autori americani quali Roscoe Pound, Ernst Freund, Felix Frankfurter.

Insomma, quello di Pastorelli è certamente un libro interessante, serio, accurato. Il complesso impianto critico consente di avviare, come si è potuto verificare nel corso di questa recensione, una discussione intensa e proficua su molteplici versanti.

Se questi sono gli indubbi meriti del volume, il ritratto che ne scaturisce di Massimo Severo Giannini pare eccessivamente condizionato dalla lente del presente: un po' come quelle vecchie pellicole in bianco e nero che vengono oggi riproposte a colori, finendo per mutare il messaggio artistico del regista.

ALDO SANDULLI

Discussioni

GUIDO ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, il Mulino, 2012.

Si riproducono di seguito gli interventi tenuti nell'Università degli Studi di Firenze il 5 febbraio 2013, in occasione della presentazione del volume.

ENZO CHELI

1. Questo libro è dedicato alla "cultura" moderna del contratto, cioè ad uno degli itinerari più ricchi e affascinanti della storia del nostro pensiero giuridico: un itinerario che Guido Alpa ripercorre con grande agilità attraverso quella galleria di idee e personalità che, nell'arco degli ultimi settanta anni, hanno contribuito a legare le vicende della scienza civilistica italiana in tema di contratti agli sviluppi del tessuto economico, sociale e politico del nostro paese.

Il lavoro prende naturalmente il suo avvio dalla data di nascita del nuovo codice civile che segna anche la singolarità del suo destino. Quando il codice civile vede la luce, nel 1942, siamo nella fase di massima dissoluzione del regime fascista, ma, nonostante questo, il codice riesce a sopravvivere alla caduta del regime e a caratterizzarsi come uno dei pochi elementi di continuità e di coesione istituzionale di cui il nostro paese sarà in grado di disporre nel passaggio dalla dittatura al regime democratico.

La singolarità di questa vicenda credo si possa spiegare per due ordini di ragioni che emergono bene dal contesto del lavoro di Alpa. Una prima ragione attiene alla matrice sostanzialmente liberale che aveva caratterizzato le linee portanti del codice anche in ragione della formazione culturale dei giuristi che avevano concorso a elaborarlo. Una seconda ragione va, invece, probabilmente ricercata nella buona qualità di un impianto che portava a termine, attraverso il grande disegno di unificazione tra diritto civile e diritto commerciale, un percorso che travalicava largamente la contingenza politica del regime autoritario.

A questo si collegava, per la parte relativa ai contratti, anche una certa lungimiranza delle scelte adottate, che avrebbero condotto a favorire il progressivo adattamento, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, della nuova disciplina agli sviluppi cui la società italiana sarebbe andata incontro negli anni del secondo dopoguerra.

2. Si giunge così a quelle diverse "stagioni del contratto" che Alpa riassume nei sette decenni che dividono gli anni quaranta del secolo scorso dalla realtà presente.

Il percorso che va dagli anni quaranta agli anni sessanta del novecento segna, negli sviluppi della nostra scienza giuridica, il passaggio dal formalismo ad una visione sempre più realistica (e sostanzialistica) del diritto. In questa fase si assiste, sotto la spinta dei principi introdotti dalla costituzione repubblicana, all'affermazione di una concezione dell'autonomia contrattuale non solo individualistica, ma anche socialmente orientata. Seguono gli anni settanta e ottanta dove si assiste — anche sotto la spinta delle istanze riformatrici indotte dalla giurisprudenza costituzionale — all'ampliamento dello spazio della disciplina codicistica attraverso gli sviluppi della legislazione speciale e della normazione europea. Per giungere, infine, agli anni novanta e all'avvio del nuovo secolo, anni che segnano l'espansione della forza di mercati che tendono a rompere le barriere nazionali e ad imporre le loro regole piegando il diritto dei singoli Stati.

Si tratta di un itinerario molto complesso, ma che forse può essere riassunto — proprio muovendo dalla visione di sintesi che Alpa elabora — in tre passaggi fondamentali. Un primo passaggio che si collega — sei anni dopo l'entrata in vigore del codice — alla nascita della nostra costituzione come carta fortemente orientata sul terreno delle libertà economiche e sociali: e proprio in questa fase prende l'avvio quel processo — inizialmente lento, ma destinato ad accelerare nel tempo — che condurrà alla progressiva "costituzionalizzazione" della materia contrattuale incrociando nei vari campi dell'economia la visione proprietaria dello Stato liberale con la visione solidaristica dello Stato sociale. Un secondo passaggio è quello che — quindici anni dopo la nascita del codice — porta alla costruzione del mercato comune e che, attraverso l'azione delle istituzioni comunitarie, aprirà verso la "europeizzazione" della materia contrattuale anche mediante il consolidamento di concetti (la proporzionalità, la ragionevolezza, l'affidamento) non ignoti, ma radicati più nell'esperienza anglosassone che in quella latina. Un terzo passaggio, infine, è quello che si collega ai processi di globalizzazione economica che esplodono alla fine del secolo scorso e che sono tuttora in pieno svolgimento, passaggio che tende ad ampliare lo spazio dell'autonomia contrattuale nella misura in cui, di contro, restringe la sfera assegnata alle sovranità ed alle normazioni nazionali.

"Costituzionalizzazione", "europeizzazione" e "internazionalizzazione" della materia contrattuale rappresentano, quindi, i tre grandi tornanti del percorso che Alpa viene a ricostruire con esemplare efficacia nelle pagine di questo suo lavoro.

4. La lettura di questo libro pone, peraltro, in gioco una domanda che attiene al futuro. Alla luce dell'itinerario che Alpa ripercorre in

che direzione si sta oggi orientando la "cultura" (e conseguentemente la disciplina) dei contratti?

Abbiamo visto che la nostra disciplina codicistica ha retto sinora bene la prova del tempo in ragione della capacità di adattamento dei modelli adottati, cioè di una elasticità di questi modelli che la giurisprudenza ha potuto utilizzare evolutivamente ricorrendo ora al richiamo dei principi costituzionali, ora ai criteri ispiratori delle legislazioni speciali, ora agli indirizzi della normazione europea. Ma questa capacità di adattamento potrà valere ancora per il futuro o siamo ormai giunti al punto di svolta che impone una riforma?

Va considerato che alcuni paesi dell'Europa continentale a noi più vicini per l'impianto civilistico (come la Francia e la Germania) hanno già operato modificazioni profonde nell'impianto delle loro discipline contrattuali e questo avvicina la prospettiva della necessità di una riforma profonda anche per il nostro paese: riforma che dovrà tener conto di tutti gli indirizzi che nella materia si sono intanto affermati tanto al livello del diritto europeo che del diritto internazionale.

Resta da vedere se a livello europeo esistano oggi le condizioni per una codificazione dei contratti o se sia lo stesso strumento codicistico — per la sua matrice originaria legata al diritto nazionale — a presentarsi inadeguato. E in questo caso verso quali strumenti normativi occorrerà orientarsi per corrispondere a quella domanda crescente di "europeizzazione" che va oggi investendo la materia contrattuale? Domanda questa che aumenta il suo tasso di problematicità ove venga riferita alle vicende della globalizzazione dal momento che su questo terreno non risulta ancora chiaro quali possano essere le istituzioni più idonee per porre le regole e farle rispettare.

Vediamo dunque come su questo ultimo piano il discorso venga a complicarsi perché investe non solo lo spazio tradizionalmente assegnato ai diritti nazionali, ma anche la necessità di incrociare culture e tradizioni giuridiche difficilmente conciliabili per il diverso peso assegnato, nei vari paesi, al legislatore, al giudice ed ai soggetti che attraverso il contratto intendono far valere la loro sfera di autonomia.

Il tema finisce così per travalicare i confini di una singola disciplina giuridica, quale quella espressa dal diritto civile, per investire le stesse basi dell'esperienza giuridica proiettata nella complessa interdipendenza del mondo contemporaneo. Da qui un ulteriore interesse di questo libro che apre verso l'esplorazione dei nuovi confini che oggi vengono a delinearsi tra sfera pubblica e sfera privata, tra l'organizzazione costituzionale dei poteri pubblici e lo spazio di autodeterminazione lasciato ai privati.

Ai fini della sostenibilità dei processi economici, politici e sociali che il futuro ci riserva dove verrà a collocarsi, ai vari livelli, la linea che distingue la legge dalla sentenza e la sentenza dal contratto? In quale misura il potere pubblico potrà ancora utilizzare lo strumento imperativo della regola generale e astratta che la legge esprime o dovrà

ripiegare, per perseguire una giustizia centrata sulla persona, verso quella regola del caso concreto che solo la saggezza e la competenza di un giudice è in grado di individuare e di imporre?

Si giunge così al nocciolo di un problema che oggi impegna la riflessione del giurista, qualunque sia la sua collocazione disciplinare, e che investe il rapporto tra la *lex* e lo *ius*. Su questo piano la "cultura" dei contratti rivisitata come in questo libro nei suoi sviluppi storici offre, dunque, l'occasione migliore per una riflessione molto più ampia che tocca i mutamenti in atto nel mondo del diritto.

GIOVANNI B. FERRI

1. Inizierò a parlare del bel libro di Guido Alpa, partendo da alcune delle sue conclusioni. Scrive Alpa: « Fino ad oggi il codice civile ha retto il peso del cambiamento e della complessità, ma per quanto tempo potrà ancora reggerlo? Il codice civile, come la Costituzione, è una tavola combinatoria di valori. E riesce a rispecchiare quelli attuali perché le clausole generali hanno svolto il loro ruolo [...]. Per parte sua, il contratto appare uno strumento straordinario, buono per tutte le stagioni e le regole che lo disciplinano non appaiono superate, perché la dottrina, seguìta lentamente dalla giurisprudenza, ha saputo via via adeguarle alle nuove esigenze » (p. 185-186).

Concordo con lui e, sia detto per inciso, da sempre, ho ritenuto che il nostro codice civile resti, in Europa, ancora il migliore, per merito della elegante e colta razionalità di Filippo Vassalli che con equilibrio (tecnico, oltre che culturale) ha voluto l'unificazione dei due precedenti codici privatistici. Con questa unificazione (non so se si sia trattato di "commercializzazione" del diritto civile o di "civilizzazione" del diritto commerciale), un notevole ruolo, come ricorda Alpa, hanno avuto le clausole generali i cui contenuti si sono saputi adattare ai mutamenti avvenuti nella società. E così, *correttezza, buona fede, diligenza, buon costume* e soprattutto l'*ordine pubblico* sono ormai caratterizzati da una dimensione anche economica. Non a caso l'art. 31 Preleggi, ora abrogato, affermava che « L'ordine corporativo fa parte integrante dell'ordine pubblico », caratterizzando così, l'intero ordinamento generale dello Stato. Vassalli rifletteva, in taluni appunti predisposti per una lettera di risposta a Grandi, sulla « incerta *maturità* dei principi corporativi e quindi sui limiti della loro ricevibilità nel codice civile ». Tali riflessioni non furono evidentemente prese in considerazione.

Per altro, grazie all'unificazione del codice di commercio con il codice civile, il cod. civ. 1942 ha testimoniato il mutamento degli assetti economici di una società che stava constatando sia la frantumazione di quella *unitarietà* del modello proprietario delle codificazioni preceden-

ti, anche in ragione dell'emergere di *nuovi* beni, sia l'imporsi, in taluni momenti della dimensione proprietaria, di logiche plurali dell'impresa, da cui la proprietà, soprattutto quella produttiva, non riusciva, ormai, a distinguersi (cfr. Relaz. cod. civ. n. 403). In questo senso, la Relazione sottolinea come (n. 5) istituti che si consideravano propri dell'attività commerciale erano diventati istituti diffusi in tutta "l'economia organizzata" (attività industriale, di scambio o agricola). La società dell'*avere* (dei *rentiers* e commercianti) che aveva contrassegnato *il trionfo,* nel code Napoléon e nel codice civile italiano del 1865, di quella *aristocratie bourgeoise* che aveva principalmente nella proprietà terriera e immobiliare l'espressione della ricchezza, si era venuta trasformando in una società del *fare*, delle *capacità di chi fa.* La figura di *commerciante* (che s'interpone nello scambio) è sostituita ora da quella (ignota al codice, ma non alla precedente dottrina commercialistica) d'*imprenditore*, che professionalmente produce e scambia (art. 2082 c.c.). Il codice civile del 1942 diventa così il codice di una borghesia "nuova", composita e caratterizzata dall'organizzazione *produttiva* del lavoro.

2. Il titolo che Alpa ha scelto per questo volume, "*Le stagioni del contratto*", mi sembra molto felice. Precedenti volumi sull'istituto, penso a quelli di Redenti, Ferrara sn., Betti, Stolfi, Cariota Ferrara, Messineo, Scognamiglio, Sacco si sono preoccupati soprattutto di studiare i profili tecnici e dogmatici dell'istituto, sostanzialmente tentando di ricostruire la disciplina codicistica e i non univoci orientamenti soprattutto dottrinali. Ma non debbono dimenticarsi le polemiche tra Betti, tendenzialmente corporativista (ma, tra il 1940 e il 1943, incerto tra gli estremismi di Costamagna, le ambiguità di Spirito e la cautela di Bottai) e Stolfi liberista-gobettiano; polemiche, queste, in apparenza soltanto *tecnico-dogmatiche* ma, in verità, profondamente e soprattutto *ideologiche*.

Il libro di Alpa, pur affrontando taluni rilevanti aspetti logico-dogmatici e metodologi della teoria del contratto, sembra tendere a dare particolare e giusto rilievo anche all'evoluzione storica dell'istituto, dall'entrata in vigore del codice del 1942 al contratto tra postmodernità e complessità (cap. VIII). Non a caso Natalino Irti (recensendo nel 2001 il volume di Alpa *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*) sottolineava come « il bisogno di storia, la *richiesta rivolta al passato* affinché spieghi noi a noi stessi » sia una costante che ricorre e caratterizza la cultura di Guido Alpa.

Testimoniato anche nel volume *Le stagioni del contratto*, l'interesse di Alpa per la storia trova sicuramente punti di riferimento culturali nelle illuminanti pagine di Paolo Grossi (penso, in particolare, al volume del 2000 *Scienza giuridica italiana Un profilo storico (1860-1950)* e al prezioso volumetto *La cultura del civilista italiano* del 2002), nel volume sul contratto di Gorla ed anche (e non soltanto per la parte

logico-dogmatica, ma anche per quella storica) nel volume del 1958 di Biagio De Giovanni (*Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*), testo in in cui l'autore afferma « è necessario che un'indagine sulla logica del negozio diventi, anzitutto, storia del pensiero della scienza [...] onde storia e filosofia non nascono come un *prima* e un *dopo*, ma sono concretamente l'una nell'altra ». Insomma Alpa, con il suo volume continua un itinerario culturale tanto illustre, quanto affascinante.

3. Oscar Wilde affermò che ogni scrittore finisce inconsapevolmente per riscrivere sempre le stesse cose, il che è, come dire, ritornare sugli stessi argomenti. Se ciò è vero per i letterati, lo può essere anche per i giuristi. Per altro, la massima di Wilde, a me antico lettore di intrighi polizieschi evoca il convincimento diffuso in questo tipo di letteratura, per il quale *l'assassino ritorna sempre sul luogo del delitto*. E, così, nel libro di Guido Alpa, tra i tanti argomenti affrontati, con quella misurata eleganza che gli è propria, ho finito per soffermarmi per *merito* o *colpa* di Guido, ancora una volta sul rapporto tra contratto e negozio sul tema della causa.

Dico subito, a giustificazione delle mie scelte, che credo nelle *categorie concettuali*, le quali, come il linguaggio (che Schopenhauer definì "*abito del pensiero*"), costituiscono anch'esse *abiti del pensiero*, strumenti di conoscenza indispensabili.

Filippo Vassalli, nella sua Prolusione romana del 1930, rende omaggio al codice perché « *fissa, chiarisce, semplifica il diritto e lo mette alla portata di tutti* »; ma ricorda che il diritto civile non è solo codice, esso abbraccia anche « *i procedimenti d'interpretazione e di formulazione della norma,* oltre, alle *decisioni giudiziarie e le esposizioni dottrinali* ». In esso « *i dati della vita hanno subito la trasformazione più piena in schemi di pensiero* » (e, dunque, in *concetti*), ed anche *in linguaggio*, che del *pensiero* è, appunto, *l'abito.*

Per quanto riguarda il negozio giuridico, ricordo che a lezione, prima di approfondire con gli studenti i problemi del negozio giuridico o della causa, ero solito evocare il famoso episodio della *conversa*, narrato ne *I Promessi Sposi.* Si ricorderà che quando scomparve dal convento una conversa che aiutava la monaca di Monza, in molti si misero a cercarla ovunque, anche in luoghi lontani. Il Manzoni, con *sorniona ironia*, scrive, in proposito, « *se ne sarebbe potuto saper di più, se, invece cercar lontano, si fosse scavato vicino* ». La povera conversa era stata, infatti, sepolta dai suoi assassini proprio nell'orto di quel convento. Nel nostro caso, *l'orto del convento* è costituito dalla Relazione al codice civile del 1942, opera, a mio giudizio, sottovaluta da molti civilisti e divenuta negli anni quasi introvabile e comunque poco frequentata dagli studiosi (meritoriamente ristampata nel 2010, su iniziativa di Guido Alpa, dal Consiglio Nazionale Forense). In essa, molti dubbi, in materia, avrebbero potuto trovare una facile soluzione.

Per quanto riguarda il negozio, Alpa efficacemente precisa (p. 24) « narrerò vicende del *contratto* e non del *negozio*, anche se nella nostra cultura, nella nostra formazione, nella vita quotidiana del diritto il connubio contratto-negozio è indissolubile. [...] fanno parte di una vera e propria epopea che ha visto dialogare e confliggere protagonisti insigni del diritto civile, del diritto romano, della storia del diritto italiano, del diritto comparato, della filosofia e della teoria generale del diritto ».

Ed allora, sia detto per inciso, questa intenzione di "narrare" le *vicende* del contratto consente di pensare che il libro di Alpa avrebbe potuto intitolarsi anche *Il romanzo del contratto*, perché proprio il periodo che egli ha preso in considerazione (gli ultimi settanta anni) è stato segnato in Italia sia da rilevanti, quanto complesse, vicende politiche (dalla guerra perduta, alla conseguente caduta dell'ideologia e del regime fascista e della monarchia, all'avvento della repubblica), sia da significative vicende più tecnico-giuridiche riguardanti la specifica materia del contratto (si pensi, ad esempio, al *Progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti* del 1927, ristampato nel 2007 dal Consiglio Nazionale forense, per iniziativa di Guido Alpa). Vicende che hanno avuto, spesso il ritmo quasi di una *trama romanzesca*.

Il legislatore del 1942 preferì, com'è noto, continuare a fare formalmente riferimento alla disciplina del contratto, chiarendo, in sede di Relazione, come, nel redigere il nuovo codice, « in conformità della nostra tradizione giuridica, non si sono dettate norme per disciplinare il negozio giuridico; invece si è regolato quel negozio giuridico, centro della vita degli affari, che si chiama contratto » (Relaz. cod. civ. n. 604). In questo ruolo, il contratto diventa lo strumento che, se utilizzabile nei trasferimenti della proprietà e delle ricchezze e, dunque, a governare gli scambi, viene anche chiamato a regolare, ad organizzare e disciplinare il lavoro nelle sue varie manifestazioni; in altre parole, a collegare la produzione al mercato.

E, quale « centro della vita degli affari », la disciplina del contratto, come sempre sottolinea la stessa Rel. c. c. (n. 604), è chiamata ad assumere una capacità espansiva che la rende applicabile ai negozi unilaterali a contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.) e a contenuto non patrimoniale (così, Rel. c.c., n. 604) ed inoltre agli accordi di natura non patrimoniale (così, Rel. c.c., n. 602). Il contratto fornirà « alla dottrina [...] lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico » (n. 602), diventando un vero e proprio sinonimo di negozio.

Di ciò, la Relazione al codice civile offre ulteriori testimonianze, quando, ad esempio, evoca la figura del negozio anche a proposito della simulazione (n. 646). La dottrina ha infatti riconosciuto che la simulazione è applicabile agli atti unilaterali recettizi e cioè agli atti unilaterali destinati ad una *determinata* persona.

Ancor più esplicito (e, in qualche modo, ricollegabile a quanto detto a proposito della simulazione) è quanto scrive la Relazione a proposito del fatto illecito (di cui all'art. 2043 c.c.). Infatti al n. 793 la Relazione chiarisce che è « sembrata più esatta la denominazione di *fatti illeciti*, anziché quella di *atti illeciti*, perché in altra parte del libro delle obbligazioni (articoli 1324 e 1334), con la voce *atti*, si sono designati i negozi giuridici ».

Insomma l'omissione dal testo del codice civile di un esplicito e diretto riferimento al negozio giuridico non significò ostilità nei sui confronti.

Non si deve dimenticare come, ancor di recente, il *Draft* (vol. I art. 1.101b) richiama accanto alla definizione di *contract* quella di *juridical act*, definendolo come « *any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect* » E lo stesso Avant-Projet Catala, nell'art. 1101-1, afferma, ad es., che « *Les obligations naissent d'actes ou de faits juridiques* ». Il *juridical act* (draft) e *les actes juridiques* (Avant projet Catala) sono perfettamente coincidenti con la definizione di negozio (da Savigny a Windscheid).

E se la stessa codificazione civile della Repubblica Democratica tedesca non disdegnò (lo ricorda Alpa, p. 87), di disciplinare il negozio, l'idea di negozio non può considerarsi espressione di un paleo-capitalismo.

Per altro, sempre l'idea di negozio (come categoria *emblematica* dell'agire autonomo dei privati) si *incontra*, certamente *inattesa*, "scavando" anche nelle pieghe dello stesso code Napoléon. In particolare, ricordiamo, ma soltanto quali sintomatici esempi, che Jean Carbonnier (*Droit civil, Introduction*) ha significativamente sottolineato che dagli « artt. 1101 s. [...] relatifs aux contrats, on a tiré une théorie générale de l'acte juridique [...]. L'art. 1134, citadelle de l'autonomie de la volonté, compare de façon expressive, le contrat à la loi. Le contrat (plus généralement l'acte juridique) a le même effet que la loi ». Soltanto non produce effetti che in un ambito limitato, mentre la legge s'indirizza a tutti i cittadini.

In questo senso, altri illustri giuristi, come, ad esempio, René Savatier (*La théorie des obligations*). Dopo aver sottolineato che « La volonté de l'homme est l'animatrice du droit » che si esprime, principalmente, attraverso i contratti, Savatier *chiarisce* che « le contrat n'est cependant que la manifestation la plus fréquente de l'*acte juridique* »*; les actes juridiques*, e soprattutto *les contrats*, « traduisent une liberté de l'homme ».

4. Il codice civile 1942 non è più soltanto (e lo abbiamo in precedenza segnalato) strumento per i trasferimenti della proprietà e delle ricchezze, ma anche strumento per collegare la produzione al

mercato. E, diventato *centro della vita degli affari*, lo stesso contratto si va *funzionalizzando.*

E così la stessa causa del contratto non è più causa "lecita per obbligarsi" come nell'art. 1104 c.c. 1865 (e nell'art. 1108 Code Napoléon), ma, quale elemento essenziale del contratto, diventa tout court (art. 1325 c.c.) *causa del contratto*. Essa non esprimerebbe più (così Rel. cod. civ., n. 613) lo *scopo pratico individuale* perseguito dai contraenti, ma piuttosto costituirebbe quella *funzione economica-sociale* del contratto « che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini ». Funzione che deve corrispondere « alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica ». E proprio questa definizione di causa, quale funzione economico-sociale del negozio di ispirazione "bettiana", ha forse contribuito, come nota Alpa (p. 55), a farla diventare « il banco di prova dello scontro tra formalisti ed anti-formalisti, tra dogmatici ed anti dogmatici ».

Ma il *fine intrinseco del contratto*, evocato a proposito della causa dalla Rel. (n. 613), non può non richiamare quella funzione *economico-individuale* del contratto che, fuori da ogni psicologismo, serve (come noi crediamo) ad individuare *quelle razionalità che caratterizzano le scelte compiute dall'autore o dagli autori della regola negoziale e che risultano in questa oggettivamene reperibili.* Regola negoziale che lo Stato (ormai monopolista del *giuridico*) dovrà valutare in termini di *liceità* e (per i negozi atipici) anche in termini di *meritevolezza*, come stabilisce il secondo comma dell'art. 1322 c.c. La formula bettiana di "funzione economico-sociale" può servire ad individuare casomai il *tipo*.

L'idea di causa, sia pure *senza nome*, *continua a nascondersi* in vari modelli normativi privatistici soprattutto comunitari (Alpa, p. 56), presentandosi con gli ambigui termini di *contenuto, nature, purpose, circumstances.* Gilles Goubeau, recensendo Jacques Ghestin, sottolinea come « quand on met la cause à la porte, elle rentre par la fenêtre » ; e prosegue « on ne gagne d'ailleurs rien en diluant dans des notions peu précises, *une cause qui ne dit pas son nom* ».

Alpa, come abbiamo riferito all'inizio di queste riflessioni, conclude il suo volume realisticamente, chiedendosi per quanto il codice civile potrà reggere « il peso del cambiamento ». Non oso fare profezie; ricordo, però, a me stesso il titolo di un volume scelto con elegante saggezza da Carlo Levi, eminente letterato e pittore: *Il futuro ha un cuore antico*.

PAOLO GROSSI

1. Un piccolo/grande libro. Con questa qualificazione apparentemente antinomica potremmo avviare il nostro approccio con il libret-

to affidato da Guido Alpa, nel 2012, alle cure delle bolognesi edizioni de 'Il Mulino'. Antinomia apparente perché, a fronte di una esigua 'quantità' contenuta in 186 pagine a formato ridotto, sta lo sguardo di un civilista capace di disegnare con efficacia "Le stagioni del contratto" dal Codice unitario italiano del '42 (ma anche da molto prima) fino agli odierni rivolgimenti e sconvolgimenti.

Un disegno — diciàmolo subito — in cui analisi e sintesi riescono a fondersi armonicamente; merito dello scopo che sorregge il libro e delle esperienze personali dell'autore qui compiutamente messe a frutto. Come Alpa ci avverte nella breve 'prefazione', alla stesura del libretto si presuppongono due sue vicende tese — ambedue — a scarnificare e decantare una materia oggettivamente complessa: quella del docente universitario di diritto civile, quella del docente nei seminarii di aggiornamento professionale per avvocati.

Il risultato è un testo che spicca — innanzi tutto — per un'esemplare chiarezza, virtù massima in pagine offerte alla riflessione di giovani. Con una doverosa precisazione: l'impegno alla chiarezza non banalizza l'ordito stilistico. Anzi, è vero esattamente il contrario, giacché si tratta di un testo intessuto di eleganze linguistiche rarissime da reperirsi negli spesso desolanti prodotti letterarii dei giuristi. Faccio solo due esempii, e unicamente perché il mio non sembri un discorso a vuoto: l'uso dell'infrequente sostantivo 'campiture' invece del più comune 'architetture'; l'uso del verbo 'avvitare' quale efficace ma inconsueta metafora (1).

2. Piccolo/grande libro — lo si diceva più sopra — quale riuscito esperimento di armonizzare analisi e sintesi nel delineare lo svolgimento assai complesso di un istituto di assoluta centralità — ieri e ancor più oggi — come il contratto. Piccolo/grande libro — aggiungerei — per la sua esemplarità metodologica.

È proprio questa qualità che mi ha reso immediatamente consenziente e partecipe alla iniziativa di Giovanni Furgiuele, malgrado la mia ostinata diffidenza allo strumento comunicativo della 'presentazione' troppo spesso falsato da edulcorazioni stucchevoli e da gigantizzazioni immeritate. Furgiuele, nelle sue parole introduttive, ha sottolineato l'importanza del libro; io, a mia volta, insisto e preciso: importanza sotto un profilo metodologico, spiegàndomi subito meglio.

Guido Alpa si forma in una Facoltà giuridica genovese, che era — allora, nei tardi anni Sessanta — un fertile laboratorio fecondato da giovani docenti caratterizzati da una straordinaria vivacità culturale; i primi nomi che vengono alla mente sono quelli di Pietro Trimarchi, di

(1) « l'esperienza francese, ancora legata alla codificazione napoleonica e ora avvitata in un lungo processo preparatorio diretto al suo ammodernamento » (p. 30).

Giovanni Tarello, di Stefano Rodotà. Con la guida di quest'ultimo Guido scelse di redigere la sua dissertazione di laurea, eleggèndolo subito dopo a proprio maestro accademico. E da lui apprese quella elementare ma troppo dimenticata verità che il diritto è dimensione della storia umana e che non può non contrassegnarsi per una intima, essenziale storicità. Verità che tardava ancora ad affermarsi quando Rodotà, lasciando i colli maceratesi, approdò a Genova pronto ad offrire ai discepoli genovesi le sue sperimentazioni (che chiamerei *lato sensu* storicistiche) in tema di proprietà, di responsabilità civile e di contratto.

La salvante degnità metodologica della storicità del diritto impregnerà di sé tutta la futura operosità scientifica di Alpa, arrivando intatta fino a questa meditazione estrema sul contratto, ma portandolo — talora — anche a indossare i panni dello storico provetto, con esercizii che, lungi dall'essere improvvisazioni occasionali, sono il segno tangibile del suo bisogno di misurarsi nella attenzione verso un passato che solo una meccanica ma fallace cronologia ci segnala come totalmente esaurito (2).

3. Il libro, che oggi si presenta, ci si dispiega come un itinerario dal 1942 ad oggi; una comparazione verticale, dove passato e presente sono in continua e intensa dialettica e dove la bussola metodologica è fissata all'inizio in modo assai netto: « la considerazione del passato è la chiave interpretativa per capire il volto attuale del contratto » (p. 34).

Alpa intenderebbe operare una precisa messa a fuoco sul contratto, senza lasciarsi irretire dal tema/problema ben più ampio e diverso del negozio giuridico, ma si rende anche conto che tuttora « negli anni Cinquanta il contratto è studiato soprattutto come 'costola' della categoria generale del negozio giuridico » (p. 49), segno forte della continuità della scienza civilistica italiana con remote ma suadentissime ascendenze pandettistiche. La categoria negoziale, che Filippo Vassalli aveva voluto escludere dalla sistematica del nuovo Codice ritenèndola inopportuna all'interno di un testo normativo, serpeggia fra le trame del Codice grazie al campeggiante vizio giusnaturalistico che determina una tensione, inespressa ma pesantissima, verso la astrazione e la purezza.

L'idea forte di un diritto civile quale *ratio scripta* e di una scienza civilistica pura circola intatta nei titoli primo e secondo del libro quarto. Grossi passi in avanti i codificatori avevano compiuto nella redazione del libro terzo, dove le puntualizzazioni corporativistiche sul rapporto proprietà/produzione e le riflessioni problematizzanti degli anni Trenta su 'la proprietà' e 'le proprietà' avevano sostanziosamente relativizzato

(2) Le citazioni potrebbero essere parecchie. Ne faccio una sola, perché esemplare: *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma/Bari, Laterza, 2000.

le assolutezze della teorizzazione proprietaria paleo-liberale. Nel libro quarto, al contrario, gli articoli dal 1321 fino al 1470 (dove ha inizio la disciplina della vendita) ci offrono una autentica teoria generale del contratto, la quale, per il tramite del primo Codice unitario del 1865, risale impassibilmente senza discontinuità al modello del *Code Civil* napoleonico; una teoria generale dove una sapienza altamente teorizzante astrae dai fatti per disegnare rigorosissime geometrie.

Ben diversamente affaccendata era (e da parecchio tempo) l'officina dei commercialisti, e Alpa non manca di rilevarlo con obbiettività, aggiungendo che è unicamente grazie all'enorme prestigio culturale di uno di essi, il geniale Tullio Ascarelli, che, negli anni Sessanta, si fanno strada nozioni gremite di economicità (come consumatore e concorrenza) e di socialità (come quella di contraente debole, incomprensibile per chi si era compiaciuto e appagato di predicare l'uguaglianza giuridica delle parti nel contratto). Ma continuano gli antistorici atteggiamenti di inerzia, se non di sordità: mentre, nel '54, il commercialista Arturo Dalmartello può scrivere un volume su "I contratti delle imprese commerciali", innovativo sforzo di costruire una categoria partendo dalla concreta piattaforma unificante dell'attività di impresa, nel '55 Mario Allara, incrollabile nelle sue convinzioni formalistiche, redige una "Teoria generale del contratto" dimostrando di avere ancora ben aperte sul proprio scrittoio le 'Pandette' di Bernardo Windscheid.

4. Ho detto poc'anzi, e ho scritto diverse volte: fertili anni Sessanta. È qui, infatti, che si hanno manifestazioni squillanti e significative; è in quel torno di anni che il maestro di una folta scuola accademica, il cattedratico romano Rosario Nicolò, redige per la giuffreana 'Enciclopedia del diritto' due 'voci' di notevole rilievo culturale: nel 1960 'Codice civile', nel 1964 'Diritto civile', due 'voci' che mi dolgo di avere ingiustamente trascurato nel mio disegno sintetico su "la cultura del civilista italiano".

Il rilievo consiste in questo: che, finalmente, un civilista italiano smette di guardare con diffidenza alla neo-nata Costituzione — quasi che fosse un oggetto misterioso, e, pertanto, vitando — e comincia a fare i conti nell'ordinamento giuridico italiano anche con il livello supremo di una legalità costituzionale. Si dà l'avvìo a quella che — prendendo a prestito un termine coniato da Pietro Rescigno — sarà la massiccia 'rilettura' del Codice alla luce dei valori e interessi diffusi segnati da Padri Costituenti nel testo della nostra Carta.

Con questa necessaria postilla: quei valori e interessi erano stati letti nelle trame della società civile italiana rinnovàtasi dalle tragedie della dittatura e della guerra, e assumevano perciò il ruolo di consentire al Codice una finestra aperta sul nuovo mondo socio-politico italiano, con la indilazionabile esigenza di procedere sveltamente alla affrancazione da un vecchiume mal sopportabile e alla armonizzazione con tutto

il nuovo che dall'esterno urgeva sulle forme giuridiche. E fa bene Alpa a valorizzare la scuola romana di Nicolò con il riuscito tentativo di rinnovamento della stessa nozione di autonomia individuale alla luce degli articoli 2, 41, 42, 44 della Costituzione.

Nell'àmbito della stessa scuola spetta un ruolo propulsivo a un libro che Rodotà scrive nel '69 proprio sul tema del contratto. In esso, studiando per l'appunto le fonti di integrazione (la legge, gli usi, l'equità), il vecchio e inadeguato solipsismo cede a una maggiore 'socializzazione' dell'intento delle parti in coerenza con le linee (allora crescenti) di uno Stato sociale di diritto.

5. Constata soddisfatto il nostro autore: « la civilistica è pronta per una sorta di rigenerazione » (p. 69). Per la storia del contratto si fa largo, sempre più scopertamente, una teoria *oggettiva*, e si insiste sui controlli della libertà contrattuale in nome di quella dimensione solidaristica che è squisitamente post-costituzionale.

Quel fare capo alle clausole generali — soprattutto da Rodotà — ha il significato non solo di liberare il diritto civile dall'abbraccio esclusivo del Codice, ma anche di identificare, per l'appunto, strumenti di controllo sul comportamento delle parti e sulla conformità dell'operazione contrattuale ai valori dell'ordinamento fissati in una Costituzione indiscutibilmente ormai ricevuta come norma fondamentale. E c'è un ruolo che ingigantisce progressivamente: quello del giudice, ma dell'interprete in genere, ora che il Codice non permane quale forziere esclusivo.

Il ponderoso volume, che, nel '72, Francesco Messineo dèdica — con intitolazione emblematica — a "Il contratto in genere", appare più come una reliquia del passato (reliquia non meritevole di venerazione) che come una diàgnosi del presente. Sembra, poi, remotissima, anche se definita appena qualche anno prima, la sistemazione allariana del contratto come sotto-specie del genere 'negozio giuridico', e addirittura paleolitica la proposta del romanista Giuseppe Grosso — scritta, ohimè, nel 1963 — per una rifondazione della teoria generale del contratto su basi giustinianee.

Ma non mancano i civilisti che hanno occhi ben aperti sulla transizione. Michele Giorgianni, che era stato — nella sua prolusione napoletana del 1961 — percettore attento del movimento e del mutamento, non èsita, nel '72, a parlare di "Crisi del contratto nella società contemporanea". Crisi, sì, ma di un certo modello di contratto fino ad allora dottrinalmente e legislativamente imperante.

Un tentativo di svecchiamento a livello sistematico si avrà nella riflessione complessiva che sul contratto fa, nel '75, Rodolfo Sacco all'interno del 'Trattato Vassalli'. Avendo piena coscienza della carica negativa di cui erano portatrici le dogmatiche inveterate, Sacco, affidàndosi soprattutto al salutare bagno di carnalità costituito dal ricorso

alla storia alla comparazione alla prassi, sottrae il contratto al suo perenne galleggiamento al di sopra della realtà e lo immerge nella effettività sociale, avviàndosi per l'unico sentiero valevole a colmare la distanza che separa ormai il testo del Codice dal diritto vivente. Le categorie giuridiche codicistiche, vieppiù inaridite da una esegesi logico-formalistica, sono rivitalizzate grazie a interpreti che mèdiano con l'esperienza in corsa alla luce di nuove tecniche interpretative.

Quando, dieci anni dopo, Sacco e il suo allievo Giorgio De Nova riprendono in mano il tema contrattuale per darvi una sistemazione entro un nuovo 'Trattato' in gestazione, la acuta coscienza della storicità del contratto guida la penna vigile dei due giuristi. E si comincia da un rinnuovo categoriale, concettuale, terminologico. Lo strumento 'contratto', che si era forzosamente preteso e costruito come impassibile, alla luce di arnesi diagnostici metodologicamente più pròvvidi, rivela la crisi di un certo modello e la necessità urgente di strutturarne un altro maggiormente funzionale a una visione non più astratta ma anzi pienamente recuperata alla fattualità del soggetto contraente e dell'oggetto; dove il consenso non assume più la veste di una isolata (e isolante) volontà solipsistica, ma si inserisce nel contesto delle vicende fattuali all'interno delle quali si era manifestato.

La dimensione costituzionale del diritto civile ormai largamente acquisita alla scienza civilistica, l'influenza del diritto comunitario fortemente radicato in una piattaforma economica, l'apertura verso una civiltà giuridica — come quella di *common law* — aliena da dogmatismi e intessuta di empirismo, ridondanze della nordamericana analisi economica del diritto sono circostanze che pesano sulla vecchia armatura del contratto codicistico e non mancano di incrinarla se non di diromperla.

È la rivincita novecentesca della società sullo Stato ed è il montare novecentesco della fattualità del diritto che piègano il vecchio modello. Certamente, appartiene a un altro universo storico-giuridico il contratto concepito dal vecchio individualismo proprietario come strumento ancillare alla proprietà, esclusivamente vocato alla sua circolazione.

GIOVANNI FURGIUELE

1. L'esposizione storicamente effettuata da Guido Alpa dei problemi affrontati sia in dottrina sia in giurisprudenza, sia in sede legislativa dalle diverse tecniche di utilizzazione del contratto, giunta all'attualità, si conclude con due argomenti, quello dell'asimmetria e quello delle iniziative in atto sotto il profilo delle riforme di tipo normativo. Il capitolo conclusivo affronta, appunto, tali argomenti e le conclusioni, espressamente volte a considerare, quand'anche sinteticamente, il panorama italiano lo ribadiscono. Sono due profili, a ben vedere, in funzione di un analogo interrogativo, quello, cioè, della difficoltà per il

diritto vigente di esprimere un'adeguata considerazione delle esigenze di trattamento di specifiche materie e, da un lato, di postulare il ricorso a concetti indeterminati per fondare una disciplina inespressa, dall'altro di tentare di arricchire il materiale normativo esistente sulla base dell'aggiunta, oltre quelle già formulate, di ulteriori regole elaborate in sede europea. Ma se tutto ciò vale a spiegare le ragioni di un accoppiamento tematico viceversa di per sé sorprendente, altro parrebbe opportuno aggiungere sul primo e sul secondo aspetto di cui si è detto.

2. Innanzitutto prendiamo in considerazione l'asimmetria, cioè la diversa posizione delle due parti contraenti nel momento della conclusione del contratto, vale dire il differenziato ruolo che spetta all'una da cui dipende la configurazione del contenuto del contratto e quello che residua all'altra la quale ne subisce la priorità, nonché l'influenza concreta nella predisposizione dell'oggetto e delle varie clausole all'accordo. Al riguardo si afferma: « Contratto giusto, contratto trasparente, contratto amministrato, sono tutte espressioni nelle quali si rifrange anche la qualificazione del contratto come *asimmetrico*: l'asimmetria può riguardare, il rapporto fra le prestazioni, la sopravvenienza di circostanze, e molte altre vicende » (pp. 160-1). E si aggiunge: « Non necessariamente dunque il contratto nasce asimmetrico ma può divenirlo, a seconda delle circostanze che si possono verificare nel corso dell'esecuzione » (p. 161). La conclusione è che se « il settore emblematico dell'asimmetria informativa » (p. 161) è quello del contratto tra professionisti e consumatore, analoga situazione è quella del contratto tra imprese.

Anche in tal caso si avvertono profili di sensibilizzazione in sede normativa ad estendere momenti di tutela inizialmente pensati solo per la fruizione del consumo. Quanto sopra rilevato è profondamente vero. Il potere contrattuale risulta eguale fra le parti solo in sede *formale*. Non lo è, però, nella *sostanza*. La logica del consumo rende necessaria un'utilizzazione e ciò nei *fatti* differenzia la situazione fra chi predispone un servizio o un oggetto e chi richiede tale servizio o tale oggetto. E analogamente si ha una situazione del genere all'interno della catena produttiva fra chi ha un ruolo prioritario nella configurazione di un bene e chi svolge a tale fine un ruolo secondario, potendo al riguardo essere agevolmente sostituito. Ne scaturisce, a mio modo di vedere, un interrogativo: rimaniamo in tutti questi casi all'interno dello schema generico dell'*accordo* e, quindi, per esprimersi concretamente all'interno della formula generale dell'art. 1321 c.c. o, piuttosto, è necessario differenziare la casistica per averne un trattamento giuridico del relativo rapporto più adeguato a corrispondere alle relative esigenze di tutela? In altri termini è da richiedersi se l'accordo sia *reale* o sia *fittizio*, se, cioè, sia autentico e completo dimodoché in fase esecutiva se ne debba necessariamente tenere conto o se ne debba prescindere per regolare la fase successiva alla c.d. intesa iniziale in maniera conforme non, appun-

to, a quanto (apparentemente) convenuto, quanto piuttosto a regole di giudizio diversificate.

Il problema è di fondo e coinvolge essenzialmente l'ambito del concetto di autonomia privata. Esso si ispira all'immagine giuridica della libertà: è quel tanto di spazio lasciato libero all'esplicarsi del potere negoziale da un lato, contrattuale dall'altro. L'intervento giuridico, il quale si attua a seguito della disciplina correttiva in sede di formazione o, successivamente, in sede di esecuzione, ne circoscrive gli spazi ed entra in contraddizione collo spirito ideale a fondamento del ruolo svolto dall'autonomia.

La descrizione puntale del fenomeno, i suoi margini di applicazione sia all'interno della realtà italiana, sia anche fuori da essa e, cioè, anche nella dimensione europea non lascia immune un riflesso di ordine concettuale o teorico. Non può, infatti, non chiedersi oggi quale sia la realtà in sede giuridica del fenomeno riconducibile, come già detto, alla figura dell'accordo, se debba esso considerarsi perfetto ed integralmente voluto in ogni caso di stipulazione di contratto o se ne debba escludere più di un'ipotesi in cui è voluto dall'uno e dall'altro la nascita di un rapporto, non però, almeno nella totalità della sua estensione, tutte le conseguenze. La dimensione dell'accordo — e, qui, la mente va a quegli ordinamenti, come è in Inghilterra o negli Stati Uniti, in cui è diffuso, quale *ratio scripta* il numero delle clausole convenute — a prescindere da ciò, entra in crisi nel momento in cui dal punto di vista giuridico prevale non l'intesa, ma la preoccupazione di tutelare una parte più adeguatamente. Quali e quante siano le esigenze di tutela sia del consumatore, sia di qualunque altro soggetto, privato od ente, in una struttura economica come a livello mondiale quella odierna, credo siano note a tutti e, quindi, non sono necessarie ulteriori parole in merito.

3. Sempre, seppur non con esclusivo riferimento all'asimmetria, Alpa tratta dell'equità o, per dire altrimenti, del contrasto giusto. La considerazione dell'equità non risulta implicita o consustanziale al contratto, ma è piuttosto ciò che consegue all'intervento di un terzo in sede interpretativa o giudiziale volto ad esplicitare o a comporre un contrasto. Opportunamente anche in questo caso prevale una visione complessiva e si riconducono all'equità aspetti ulteriori e apparentemente diversi come l'abuso del diritto, la buona fede o la trasparenza. Il tema, com'è evidente, è unitario e si possono ricondurre all'interno di una visione di giustizia del contratto — o, per meglio dire sulla base di quel che abbiamo in precedenza osservato, all'interno di una visione di giustizia del rapporto intersoggettivo che ha origine o consegue al c.d. contratto — tutta una serie di profili ulteriori come ciò che viene denominato ordine pubblico, buon costume o, con applicazione ancor più vaste del solo profilo attinente al contratto, anche ragionevolezza.

Sono, questi, aspetti con cui si caratterizza un percorso che si colloca all'interno del procedimento ermeneutico.

Il risultato che si mira a raggiungere non è di esaltare la forza espressiva del linguaggio impiegato nell'ambito del contratto per così rimanere "chiusi" nei confini dello stesso, ma viceversa di affermare la possibilità per il giudice di estendere la sua capacità di apprezzamento per corrispondere alle esigenze di tutela provenienti dal rapporto. Nuovamente, e ciò risulta con chiarezza nelle pagine qui considerate, l'esigenza giuridica che tende ad imporsi non è quella racchiusa nelle formule espressive impiegate nel contratto, ma viceversa nelle ragioni di ordine superiore che si propongono all'attenzione.

Un'osservazione, tuttavia, è da farsi. Il complesso di quanto appare proprio delle singole clausole generali in vario modo ricondotte al profilo dell'equità e della giustizia consegue e non precede il farsi della singola operazione interpretativa. La valutazione effettuata in tale sede mette in risalto, laddove necessario, ciò che sussiste nel contratto e ciò che manca e laddove tanto appaia degno di considerazione provvede a darne rilievo desumendone il riflesso sotto vari profili che vanno dall'integrazione all'invalidità. Il concetto di giustizia è di per sé omnicomprensivo e al suo interno può ricondursi agevolmente ciascuno dei profili richiamati, iniziare, quindi, dalla correttezza e finendo poi a quanto richiesto da esigenze propriamente razionali.

Può aggiungersi un rilievo. Sono molteplici i richiami formulati sia nel codice civile, sia altrove alla necessaria utilizzazione del criterio equitativo. Non è detto che in tutti i casi possano derivarne conseguenze contraddittorie rispetto al senso dell'accordo inizialmente condiviso dalle parti. Si vuole in sostanza esprimere un criterio cui ricondurre una valutazione in difetto della regola concordata e, peraltro, rimanendo all'interno della "logica" di cui alla stessa. Questo, appunto, sembra il significato con cui, *in primis*, una norma fondamentale, quale senz'altro è l'art. 1374 cod. civ., a chiusura della sua formulazione — dopo aver ribadito la valenza prioritaria del rinvio alle clausole espressive dell'accordo — accenna dapprima alla legge, quindi agli usi ed infine all'equità. Ruolo conclusivo quello riconosciuto all'equità, tale da integrare, come in effetti è detto, e non peraltro da sconvolgere il significato espresso dal contratto.

La diversità degli aspetti ricondotti anche da Alpa all'interno dell'idea di giustizia del rapporto contrattuale può in definitiva in certi casi conservare il contenuto del contratto come termine di riferimento per esprimere un giudizio intorno ad aspetti non contemplati dallo stesso e tuttavia al medesimo riconducibili. È, quindi, logicamente integrazione del contratto.

Non è detto, però, sia sempre così, poiché la necessità di considerare un aspetto non ricompreso nell'ambito della lettera del contratto implica infatti necessariamente la risposta positiva al quesito circa l'ammissibilità per l'interprete di ovviare al vuoto nella formulazione del

medesimo contratto o, viceversa, di rispettare la mancata previsione come un caso previsto e voluto dalle parti in sede conclusiva dell'accordo. Quanto qui vuol dirsi, in conclusione altro non è, ancora una volta, che la sottolineatura della decisiva importanza, certo, dell'idea di equità (o di giustizia) per la decisione di qualunque controversia in tema di contratto, ma, prima ancora, del senso attribuito all'equità come criterio per la formulazione del giudizio cui consegue la decisione e, pertanto, come criterio volto a fondare un atteggiamento formulato sotto un profilo interpretativo.

Le clausole generali cui Alpa nell'insieme del capitolo conclusivo del volume più di una volta rinvia sono, in altri termini, niente di più che il segno della consapevolezza, profonda e avvertita, dell'inevitabile necessità di far capo oggi, più ancora che nel passato, ad argomentazioni valide in sede razionale a giustificare scelte effettuate nel momento dell'interpretazione. L'equità non può essere il criterio principale con cui fornire motivazione di un atteggiamento assunto in sede interpretativa. E così anche l'abuso del diritto, l'idea di correttezza, la necessità del rispetto di valori supremi, la ragionevolezza: tutte formule, come già detto, normalmente impiegate a dar conto di una scelta proposta nel momento di chiusura della fase dell'interpretazione.

Certo, ci sarebbe da considerare la reale valenza in sede normativa della disciplina contenuta negli articoli del codice sull'interpretazione del contratto e, prima ancora, delle norme sull'interpretazione giuridica, intesa in senso generale, ma al problema si può in questa sede solo far riferimento e nulla più. Il tema dell'interpretazione è a tal punto consustanziale rispetto all'idea di giurista che anche solo accennare ad esso implica riflessioni di principio sui margini e sui contenuti essenziali di una categoria. La consapevolezza al riguardo può qui bastare esonerandoci da ulteriori rilievi.

4. Ed infine rimane da considerare il rinvio a norme prodotte in sede comunitaria o altresì a testi normativi elaborati in commissioni di giuristi di diversa nazionalità e tuttavia a rigore non dotati di efficacia giuridica. Un'osservazione è, a tal proposito, necessaria. L'equità e il complesso delle clausole generali costituiscono, come già detto, l'insieme delle formule concettuali predisposte a giustificare sotto un profilo (almeno apparentemente) razionale una decisione non fondata sulla pura lettera del contratto. La portata integrativa dell'intervento potrà essere o totale o parziale a seconda del ruolo che si vorrà svolgere o che, *rectius*, si riterrà più esatto ed opportuno svolgere. La tutela dell'individuo potrà, cioè, prevalere ed imporsi rispetto a quelle che siano considerate vuote ragioni di tutela del contratto. Il ricorso invece alle fonti extra-nazionali o ai prodotti elaborati in sedi di provenienza composita vuole, da un lato, accennare alla crescente importanza di

siffatti profili; dall'altro, necessariamente, manifestare favore per un ulteriore e radicale sviluppo organizzativo in sede europea.

Quali e quante siano le difficoltà che si oppongono al raggiungimento di tale obbiettivo è a tutti noto. Non per nulla si parla di Europa e tuttavia la reale estensione della stessa sotto il profilo normativo è in vario senso differenziato rispetto all'identità dei confini territoriali: ciò nel senso che l'appartenenza all'Europa è avvertita e vissuta, per fare esempi, in maniera non analoga in Germania e in Italia, o altresì in Francia e in Inghilterra, o in Russia e in Svezia. Considerando altresì l'aspetto tecnico, non potrà non acquisire rilevanza la non analoga impostazione in termini di *civil law* nei Paesi del continente, rispetto altrove all'utilizzazione del meccanismo di *common law*: profonda è la diversità che ne scaturisce non solo nella struttura operativa delle fonti, ma anche e soprattutto in termini di realtà culturale e di concezione del ruolo del giurista. Tanto acquisisce rilevanza ai fini della scelta del metodo e del risultato organizzativo cui si mira per dare ingresso ad un concetto di comunità europea più incisivo di quello attuale.

La federazione di vari Stati consente di costruire un ordinamento intorno a principi di fondo condivisi e, pur nel loro rispetto, di differenziare le norme vigenti laddove ciò sia necessario. Il valore essenziale del principio rimane e agisce, seppur non nella immediatezza, da stimolo per il superamento delle eventuali diversità. Questo è, tuttavia, solo un auspicio, valido per chi lo ha formulato in passato e per chi oggi lo ribadisce, al cui eventuale successo mancano, però, le condizioni politiche. Il raggiungimento in sede generale delle stesse è quanto qui si auspica.

GUIDO ALPA

Ai Maestri, che sono anche affettuosi amici, che hanno voluto presentare e discutere questo volumetto sulle "stagioni" del contratto, voglio esprimere la mia profonda gratitudine. Le ragioni di gratitudine sono molteplici: aver voluto organizzare un seminario ad hoc, aver voluto prospettare diverse letture del libro — quella storica, quella storiografica, quella civilistica, quella pubblicistica — aver apprezzato con parole lusinghiere la ricerca che vi ha dato origine. Essendo ogni libro "un'opera aperta", è fortunato l'autore che trovi lettori così attenti e sapienti; l'autore rimane anche sorpreso, se, come in questo caso, le sue idee sono state esaminate e condivise, e se, com'è accaduto in questo caso, la sua opera sia parsa assai migliore di quanto lo stesso autore potesse sperare.

Non sono parole di circostanza.

Questo è un capitolo, una costola estratta da un lavoro più ampio dedicato alla rivisitazione della disciplina del contratto e destinato alla

collana un tempo diretta da Antonio Cicu e Francesco Messineo, ed ora da Piero Schlesinger, per i tipi di Giuffrè. In quella collana nella medesima materia sono già comparse le opere dello stesso Messineo e di Franco Carresi, uno dei Maestri fiorentini del diritto civile a cui Giovanni Furgiuele ha dedicato affettuose pagine rievocative. Questo capitolo poteva avere una vita autonoma, e quindi essere pubblicato anticipatamente rispetto alla parte residuale: l'intento era appunto quello di tracciare un quadro sintetico del percorso dottrinale dalla fine dell'Ottocento ad oggi nella costruzione della nozione, dei modelli interpretativi, delle funzioni del contratto: una grande "officina", per riprendere il titolo e un termine cari a Paolo Grossi, in cui la dottrina civilistica ha espresso tutta la sua intelligenza e la sua passione.

L'ordine storico — a cui si rivolgono le parole di Paolo Grossi — è necessario non solo per completare l'analisi del diritto contrattuale, accanto alla disamina della giurisprudenza e delle prassi, ma soprattutto per comprenderne il senso: solo la storia può svelare le ragioni della formazione del testo dei codici, degli indirizzi interpretativi, delle mode intellettuali, del prodotto della "scienza giuridica ufficiale" — per usare ancora una volta termini cari a Paolo Grossi — e poi il risultato di quella enorme architettura dogmatica. Nell'intervento di Giovanni Ferri (al quale si devono le opere fondamentali della odierna letteratura in materia) quel mondo viene disvelato anche nel rapporto tra negozio giuridico e contratto. A questo proposito il volumetto rende giustizia alla categoria del negozio, così osannata nel primo Novecento e così bistrattata negli anni della rifondazione del diritto civile nell'epoca posteriore alla codificazione del 1942.

Così come nelle osservazioni di Enzo Cheli si riscontra l'attenta lettura del pubblicista che vede applicare le norme costituzionali anche ai rapporti tra privati, con proposte che, alla loro comparsa, apparvero ardite, e che ora sono invece considerate non solo usuali e opportune, ma, anzi, assolutamente indefettibili.

Il contratto che lascia gli scranni accademici e si "incarna" nella realtà concreta, dei consumatori, dei risparmiatori, della vita quotidiana, oltre che, naturalmente, nelle operazioni economiche dalle quali originano i rapporti patrimoniali. Sono temi congeniali a Giovanni Furgiuele, che ha cooperato alla edificazione del nuovo diritto civile.

È una veste giuridica che cambia, trascolora, si ravviva, si modella continuamente e conserva una vitalità che non conosce tempi e confini. Il contratto individuale, il contratto collettivo, il contratto di massa, il contratto asimmetrico, il contratto europeo, il contratto "globalizzato", e soprattutto il contratto *giusto*: questa è ora la preoccupazione fondamentale dei civilisti, ben consapevoli della fallacia delle formule egalitarie racchiuse in una crisalide vuota. È questa la nuova stagione del contratto, ed è questa la sfida raccolta oggi dai giuristi. E siccome dalle

relazioni dei Maestri tutto ciò emerge con dovizia di argomenti, il volumetto, che è stato occasione di questo colto e proficuo dibattito, non può che uscirne arricchito. Ulteriore ragione di gratitudine che desidero esprimere a mo' di conclusione.

RICARDO MARCELO FONSECA, *Introducción téorica a la historia del derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012 (con pref. di Paolo Cappellini); tit. orig. *Introdução teórica à história do direito* (trad. in castigliano di Adela Mora Cañada, Rafael Ramis Barceló y Manuel Martínez Neira).

Si riproducono di seguito gli interventi tenuti nell'Università degli Studi di Macerata il 13 febbraio 2013, in occasione della presentazione del volume.

MASSIMO MECCARELLI

QUESTIONI DI METODO PER LA STORIA DEL DIRITTO IN UN RECENTE LIBRO D'OLTREOCEANO

Nel panorama storiografico attuale la *Introducción teórica a la historia del derecho* di Ricardo Marcelo Fonseca è un libro originale; particolarmente felice ritengo sia stata l'iniziativa di Adela Mora Cañada, Rafael Ramis Barceló, Manuel Martínez Neira, di proporre all'attenzione dei lettori europei una versione in lingua castigliana di questa opera (1). Il libro si presta tanto a una lettura ipertestuale attenta ai riferimenti e ai rinvii, espliciti e impliciti, teorici e culturali, quanto ad una lettura che ne considera la vocazione, per i fini che si pone, per i destinatari a cui si rivolge. Si può cogliere inoltre in queste pagine l'impegno per una "territorializzazione teorica" di una disciplina in emersione, come è la storia del diritto in Brasile.

I saggi che compongono il volume puntano a svolgere con il lettore un gioco discorsivo fatto di sollecitazioni tematiche e spostamenti di oggetto; mirano a interrogare e a spingere il lettore verso continue ristipulazioni della propria idea della storia del diritto e della fenomenologia del giuridico: la riflessione metodologica sulla storia giuridica è posta al centro di una preoccupazione per il diritto; la ricerca di una prospettiva di senso per la storia del diritto — una linea che

(1) L'edizione originale ha visto la luce in Brasile, nel 2009 a Curitiba per i tipi di Juruá, con il titolo *Introdução teórica à história do direito*.

l'Autore ha avuto modo di sostenere anche in opere recenti (2) — funge da momento demistificatorio nei confronti degli ancoraggi positivistici e formalistici della scienza giuridica di oggi.

L'intento dell'autore è di mettere in discussione gli approcci alla dimensione storica del fenomeno giuridico derivanti dalla persistenza di paradigmi interpretativi e metodologici tipici del positivismo storico. Viene così svolta e argomentata una severa critica ad una « visione paralizzante della storia » [p. 17], che la immagina come concatenazione di premesse che « spiegano » il presente, fungendo da « combustibile per una glorificazione del positivismo giuridico vigente » [p. 65], e che ne fa strumento per ricavare una « conoscenza giuridica "corretta" (dogmatica) del futuro » [p. 17]. La storia del diritto che dalle pagine di Fonseca persuasivamente emerge si propone, al contrario, come opportunità per la scienza del diritto di oggi, di « spiegare e porre i problemi criticamente » [p. 18].

Il libro offre un itinerario tra le discipline filosofiche e storiche del Novecento — confrontandosi con la scuola degli *Annales*, il materialismo storico, le analisi di Michel Foucault sul problema della storia, della verità e del potere, e quelle di Walter Benjamin sulla temporalità e il diritto — per collocare la (questione della) storia del diritto nel quadro di saperi capaci di complicare « la visione del passato dell'uomo » [p. 19]. Due i tratti che colpiscono in quest'impostazione: l'eterogeneità degli interlocutori teorici prescelti e la relativa marginalità che questi assegnano al problema giuridico nel proprio sistema di pensiero.

L'eterogeneità dei percorsi seguiti permette alla trattazione di mantenersi a prudente distanza dal rischio di derive astraenti per la elaborazione di teorie o filosofie della storia; più realisticamente, proponendo un'introduzione teorica, il libro, piuttosto che indicare un modello di storia del diritto, punta a provocare nel giurista un punto di vista consapevole sul problema della storia del diritto oggi.

Sul rilievo di questa *impostazione realistica* nello svolgimento di una "teoria della storia del diritto", torneremo a riflettere più avanti: Ora vogliamo piuttosto soffermarci sul secondo profilo di originalità, cioè sul posizionamento della questione storico-giuridica ottenuto passando *dall'esterno* della dimensione giuridica.

Si tratta di un approccio convincente. La storia del diritto infatti non sembra necessitare di una *fondazione* epistemologica forte, che ne giustifichi la ragion d'essere dal suo interno (e in termini di autosuffi-

---

(2) Si vedano R.M. FONSECA, *O deserto e o vulcão - Reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil*, in « Forum Historiae Iuris », 23. Oktober 2012, http://www.forhistiur.de/zitat/1206fonseca.html, ma anche R.M. Fonseca (Org.), *Nova História brasileira do direito. Ferramentas e artesanias*, Curitiba, Juruá, 2012.

cienza); piuttosto ha bisogno di una *opzione* per una epistemologia dialogica e variabile, costruita su una molteplicità di registri, che permetta, in base al tema e alla fase storica, di cogliere il senso (che è essenzialmente giuridico, anche se profondamente connesso alle dinamiche sociali) delle dimensioni integrate del diritto.

Per la storia del diritto, diversamente da quanto può accadere per altre discipline, la contaminazione disciplinare riveste il valore di una metodologia atta a favorire la scoperta di nuovi risultati. Oggi, in una fase di ridefinizione dei saperi giuridici, oltre che di trasformazione del diritto, la storia del diritto funge da osservatorio prezioso per il giurista. Questo spiega anche il rilievo crescente che la disciplina ha in realtà culturalmente vivaci come il Brasile. La costellazione concettuale richiamata dal libro (la questione del potere, il positivismo giuridico, il formalismo, la circuitazione tra il problema della verità e del disvelamento, la temporalità, la storicità, la struttura sociale, la geostoria) è individuata insomma in funzione di una riflessione sul problema giuridico, anche quando (apparentemente) se ne allontana.

La rilevanza dei temi è stata già verificata in passato con ricerche sul campo e oggi conosce conferme. Si pensi, ad esempio, all'idea della geostoria che Fonseca ripropone nella sua lettura della Scuola degli *Annales*. La prospettiva globale come fattore d'interpretazione dei fenomeni storici, include a sua volta quella della lunga durata, delle cronologie ampie come arco adeguato per coglierne svolgimenti e discontinuità e favorire analisi congiunturali e strutturali. Tutto ciò è preso in considerazione da Fonseca per mettere in discussione una storia del diritto ancora troppo funzionale ad un sapere giuridico formalistico che separa i fatti dalla norma e opta per un registro meramente descrittivo. Superare la "mera descrizione" significa produrre argomenti per sottolineare la necessità, oltre che l'opportunità, di considerare la complessità che sta intorno al problema giuridico, come aspetto decisivo per la comprensione dello stesso. L'obiettivo è di guardare (anche) dalla storia del diritto alla società politica, con un'attenzione foucaultianamente microfisica del politico, riscoperto in una complessità di articolazioni concrete e rilevanti per il diritto, al di sotto della copertura astratta dello Stato.

Seguendo le sollecitazioni del libro, l'apertura di orizzonti in direzione geostorica, tanto più se applicata alla scala europea, mostra anche ulteriori possibilità di impiego, perché induce ad un ripensamento dei confini territoriali e dei tagli cronologici di riferimento per le nostre domande storico-giuridiche. Una prospettiva globale può, insomma, essere utile a fare una storia del diritto europea; è una linea storiografica questa che ha già conosciuto alcuni significativi svolgimen-

ti (3) e su cui la storiografia giuridica si sta interrogando con rinnovate riflessioni metodologiche (4).

La costellazione concettuale di riferimento, abbiamo osservato, è costruita in modo strumentale, per favorire un'indagine disvelante i livelli profondi della storia del diritto e, con essa, del diritto. In questo senso "l'introduzione" di Fonseca è quasi un invito a riprodurre anche su altri versanti l'approccio tendente a stabilire nessi storiografici e concettuali tra la storia del diritto e altri saperi.

Ad esempio, un terreno che oggi sembra molto fertile per svolgere una riflessione critica con la (ma anche sulla) storia del diritto, potrebbe essere quello della *giustizia* considerata come *questione che sta alla base* dei processi di manifestazione del giuridico e dunque come categoria di incardinamento della esperienza giuridica. La storia della giustizia è un campo di azione sul quale hanno operato, anche in

---

(3) Si pensi ad esempio a A.A. Cassi, Ius commune *tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista, (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004; L. Nuzzo, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004; Id., *Dall'Italia alle Indie. Un viaggio nel diritto comune*, in « Rechtsgeschichte », 12 (2008), pp. 102-124; B. Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights. From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection Publications, 2005; Th. Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008; M. Lorente Sariñena, *La Nación y las Espanas: representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, UAM, 2010; M. Lorente, J.M. Portillo (dirs.), *El momento gaditano: la Constitución en el orbe hispanico (1808-1826)*, Madrid, Cortes Generales, 2012.

Guardando poi al campo delle riviste si possono ricordare i due volumi che i « Quaderni fiorentini » hanno dedicato al tema *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento* (n. 33-34, 2004-2005); gli approfondimenti di « Rechtsgeschichte » sul Bicentenario dell'indipendenza dei Paesi latino-americani (n. 16 del 2010) e su *Modelos de derecho privado social en Europa y América Latina en la primera mitad del siglo XX* (n. 20, 2013); i dossiers comparsi in « Clio@Themis » su *Histoires des cultures juridiques. Circulations, connexions et espaces transnationaux du droit* (n. 2, 2009) o su *Chantiers de l'histoire du droit colonial* (n. 4, 2011).

(4) Guardando ancora alle riviste si vedano il n. 5, 2102 di « Clio@Themis » dedicato a *Ecrire l'histoire du droit: rompre avec les schémas nationaux? Un dialogue franco-britannique*, e l'unità tematica che la rivista « Forum Historiae Iuris » dedica a *Nuovomondo: paradigmi, tendenze e rilevanza della storiografia giuridica latinoamericana* (http://www.forhistiur.de/index_de.htm). Si pensi, infine, al denso saggio programmatico di Th. Duve, *Von der europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in « Rechtsgeschichte - Legal History » Rg 20 (2012) 18-71 (http://rg.rg.mpg.de/article_id/800).

America (5), sia la storia generale che la storia del diritto, convergendo in certi casi in lavori comuni (6) e pervenendo a significativi contributi di sintesi (7).

Parlando di una *storia delle dimensioni giuridiche della giustizia*, ho avuto modo di sostenere (8) che questo può essere un luogo di "territorializzazione" per la storia del diritto e un possibile terreno di incontro tra le due sponde dell'Oceano: si tratta di guardare, da storici del diritto, sia alla giustizia come problema che interroga il diritto agendo su di esso come attribuzione dialettica di senso, sia alla giustizia come complesso di regole, procedure, apparati, dispositivi, poteri, per gestire il punto di tenuta tra strumenti giuridici e domanda di giustizia. È questa una prospettiva che impone il superamento di una concezione monodimensionale del diritto e spinge verso la ricerca di un dialogo con le altre scienze sociali e umanistiche. Anche quello della giustizia

---

(5) Ad esempio si vedano T. Herzog, *Upholding Justice: Society, State, and the Penal System in Quito (1650-1750)*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2004; L.S. Hunold, J.M. Nunes Mendonça (orgs.), *Direitos e justiças no Brasil*, São Paulo, Unicamp, 2006; J.R. Narvaez, *Historia social del derecho y de la justicia*, Mexico, Porrua, 2007; A. Agüero, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república: la justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; I. Marin Tello, *Delitos, pecados y castigos. Justicia penal y orden social en Michoacan 1750-1810*, Morelia, Univ. Michoacana de San Nicolas de Hidalgo, 2008; J.R. De Lima Lopes (org.), *O Supremo Tribunal de Justicia do Imperio, 1829-1889*, São Paulo, Saraiva, 2010.

(6) Si pensi a *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi, Bologna, il Mulino / Berlin, Duncker u. Humblot, 2001; *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, dir. J. Chiffolaeau, C. Gauvard, A. Zorzi, Rome, Ecole française de Rome, 2007; *Procesos, inquisiciones, pruebas*, Eds. E. Conte, M. Madero, Buenos Aires, Manantial, 2009; *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*, a cura di M. Cavina, Bologna, Patron, 2012.

(7) Limitandoci al campo italiano per la storia generale ricordiamo P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000; M. Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, il Mulino, 2005; M. Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*, Bari-Roma, Laterza, 2008; A. Prosperi, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008. Nel campo della storia del diritto ricordiamo D. Quaglioni, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004; M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009.

(8) Si permetta qui di rinviare a M. Meccarelli, *La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico*, in « Forum Historiae iuris », 24. August 2009 (http://www.forhistiur.de/zitat/0908meccarelli.htm).

dunque sembra poter rappresentare un terreno sul quale porre domande nuove al diritto, tramite la storia giuridica tanto della giustizia-apparato quanto della giustizia-discorso (9), proprio nel senso che Fonseca ci invita a considerare di una storia del diritto capace di dare fondazioni critiche ai problemi.

Tale osservazione non serve certo per evidenziare una lacuna nella scelta della costellazione concettuale di riferimento del libro che qui si discute; tutt'altro. Il valore della "introduzione" di Fonseca sta infatti nella 'riproducibilità' dell'approccio critico proposto, nell'invito ad una ricerca di senso che può conoscere molteplici svolgimenti. Per noi giuristi europei ciò si traduce in un invito a misurarci nuovamente col problema dei nostri strumenti di lavoro e con gli obiettivi della nostra ricerca, legando indissolubilmente riflessioni sul metodo e sull'oggetto. È proprio questo, del resto, che permette di conseguire margini di comprensione della storicità del diritto; oggetto questo tanto sfuggente quanto essenziale per comprendere il fenomeno giuridico nella sua valenza attuale. Come ci ricorda Fonseca già dall'avvio della sua riflessione, è opportuno *pensar o fazer para não fazer sem pensar*.

FRANCESCO MIGLIORINO

HIGHWAY AND BYWAYS

Un titolo e la sua immagine

Quando prendiamo un libro da uno scaffale o lo liberiamo dal suo involucro postale, prima ancora di leggerlo ci confrontiamo con la sua esistenza 'corporea'. Lo facciamo scorrere fra le nostre mani, lo giriamo e lo rigiriamo. Mettiamo in opera una manovra di avvicinamento: prima, la Quarta (nobilissimo genere letterario) che mira a catturare l'interesse del lettore, poi, uno sguardo rapido — quasi svogliato — al profilo dell'Autore. Per tornare finalmente alla copertina, dove campeggia in bella mostra un titolo (in capitale), accompagnato di solito da un'immagine.

Da qui vorrei cominciare: dal titolo e dall'immagine.

Il titolo del bel libro di Ricardo Fonseca è davvero inconsueto

---

(9) Per un'esaustiva ricognizione metodologica si leggano le pagine di P. COSTA, *Di che cosa fa storia la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo*, in *Storia della giustizia e storia del diritto. Prospettive europee di ricerca*, a cura di L. Lacchè e M. Meccarelli, Macerata, Eum, 2012, pp. 17-43. Si veda anche, *Penale, giustizia, potere. Metodi, ricerche, storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè *et alii*, Macerata, Eum, 2007.

nella storiografia giuridica italiana: *Inroducción teórica a la Historia del derecho*. Farebbe storcere il naso a quei colleghi che mettono in elenco i documenti con la stessa cura di chi scorre una dopo l'altra le perline di un rosario. La teoria — scrive Fonseca — è altra cosa dalla metodologia. I ferri del mestiere (critica del testo, erudizione, acribia filologica) non sono per lo storico una virtù di cui vantarsi: sono coessenziali al suo lavoro quotidiano. Sarebbe come chiedere conto a un carpentiere del modo in cui costruisce un ponteggio o fissa i chiodi su una tavola. Senza una teoria, invece, lo storico sarebbe solo un raccoglitore di anticaglie. È come se l'A., già dal titolo, si rivolgesse ai suoi scolari mettendoli sull'avviso: « Badate, prima di iniziare il nostro corso, tratteremo come 'problemi' gli apparati teorici con cui — dalla modernità — si è costruito il rapporto tra gli eventi del passato e la loro narrazione ».

L'edizione spagnola del libro manca di un'immagine: scelta più che legittima. Ciò non esclude, però, che uno qualunque dei suoi lettori-autori possa almeno pensarla quell'immagine mancante. Io propenderei per un *patchwork*, un disegno di stoffa povera che cuce insieme, alla rinfusa, pezzi di diversa misura, consistenza e colore. L'effetto cromatico si costruisce passo dopo passo e l'apparente confusione delle forme risulta alla fine un incoraggiamento a costruire nuovi disegni e a seguire nuovi itinerari. Un po' come il magnifico olio su tela di Paul Klee *Highway and Byways* (« Hauptweg und Nebenwege », 1929), o come la straordinaria metafora della « Vecchia città » di Wittgenstein, col suo labirinto di vicoli e piazzette, cinta ai margini da nuovi sobborghi con strade diritte e ben disegnate (*Ricerche filosofiche* § 18).

Il nostro libro è talmente impigliato nella rete delle sue connessioni che, se provassimo a randomizzarne la trama narrativa — in una sorta di collage elettronico — continuerebbe a funzionare e a dare i suoi frutti. Né più e né meno della sua versione testuale a stampa. Piuttosto che leggerlo dalla prima all'ultima pagina potremmo trattarlo come un ipertesto di spazi concettuali. Come un *patchwork*, appunto.

In questa prospettiva, vorrei allora provare a tematizzare alcuni dei nodi teorici che si agglutinano nelle fitte maglie della sua trama. Riguardano: (i) *La conoscenza, la realtà, e la sua rappresentazione*; (ii) *la Storia e i fatti storici*; (iii) *l'archeologia della storia del diritto*. Per ognuno di questi campi mi servirò di altrettante metafore.

Cézanne e la montagna di Sainte-Victoire

Paul Cézanne lavorò al motivo della montagna di Sainte-Victoire per oltre vent'anni, realizzando diversi acquarelli e dipinti ad olio: una sorta di ossessione, per arrivare alla percezione eidetica.

Da una parte « el pintor », dall'altra la realtà della montagna.

Seguendo Ricardo Fonseca che rilegge Michael Löwy, si potrebbe dire: da una parte « el Historiador » dall'altra gli eventi del passato.

Sentiamo la voce del « Pintor Cézanne » (*lettera a Émile Bernard*, 15 aprile 1904): « Ora, per noi uomini, la natura è più in profondità che in superficie, di qui la necessità di introdurre nelle nostre vibrazioni di luce, rappresentate dai rossi e dai gialli, una quantità sufficiente di azzurri, per far sentire la presenza dell'aria ».

Come si vede, nel rapporto tra percezione, rappresentazione e conoscenza, lo spazio della pittura si avvia a essere non più dell'occhio ma dell'intelletto.

Fonseca fa uso della metafora di Löwy per mettere allo scoperto la pretesa — tipicamente positivistica — di distanziare il soggetto dalla realtà, con una artificiale (direi ideologica) scissione tra fatti e valori.

Il pittore interpreta la realtà o la registra riflessa su uno specchio? I fatti riguarderebbero la realtà, i valori se ne starebbero rinchiusi nella coscienza del soggetto. Col risultato — nella ricerca storica — di un vero e proprio feticismo del mero dato documentale che riflette la sua immagine da altri luoghi e da altri tempi. Come direbbe Leopold Ranke, la storia è raccontare gli eventi, darli a vedere per come sono stati. Né più né meno.

Tradizionalmente, infatti, i termini *immagine* e *rappresentazione* denotano una qualche passività. L'immagine sarebbe una copia o una rappresentazione di qualcosa. Più di recente — come scrive Antonio Hespanha — anche gli storici meno inclini al 'costruttivismo' ne mettono invece in luce l'aspetto arbitrario, ossia poietico. Da un lato, appare ormai pacifico che l'immagine non mantiene alcun rapporto obbligato (meccanico) con la « realtà », dall'altro, si fa notare che, una volta impiantati nelle pratiche sociali, questi *immaginari* modellano le percezioni, le valutazioni e i comportamenti dei singoli e dei gruppi. Per non dire che una pluralità di mediazioni, rifrazioni, creazioni orientano il passaggio dalla realtà alla sua rappresentazione intellettuale (*Imbecillitas*, São Paulo 2010). Per il *pintor-historiador* è come osservare un oggetto con tante facce e da tanti punti diversi.

C'è, però, una complicazione. È lo stesso oggetto (la montagna di Cézanne, i.e. gli eventi del passato) a cambiare continuamente di posto e di forma.

Di solito immaginiamo la nostra memoria come un grande archivio, con i suoi scaffali stracolmi di faldoni e di carte lasciate alla rinfusa. Uno scantinato che ha un suo ordine e un suo sistema di classificazione. Documenti (ricordi) procedurali che teniamo bene in vista e altri che depositiamo (rimuoviamo) negli angoli più bui e nascosti, sotto il controllo di un occhiuto e severo censore. Una visione ingenua, che le neuroscienze e le filosofie della mente hanno liquidato già da tempo: quello scantinato è in continuo movimento e si riorganizza all'arrivo di ogni singolo nuovo documento. Carlo Sini ha messo più volte in discussione il modo tradizionale di concepire il dentro e il fuori, il

soggetto e l'oggetto, la realtà e la coscienza: polarità che si collocano nella vita che si svolge e si traduce negli innumerevoli archivi dell'accaduto, i quali ricompongono di continuo il passato in nuovi archivi e mappe per il futuro.

Alla stessa maniera, i fatti storici sono per lo storico una fabbrica inesauribile di nuovi testi. Le tracce lasciate (testi) dal passato sono rilette in maniera sempre diversa nei contesti in cui vengono nuovamente alla vita. Se il testo, però, non può vivere al di fuori di un discorso, questo si costituisce come *immediate speech situation* solo grazie al mare sterminato della testualità. Un infinito intrattenimento, che è la più formidabile negazione della fede dei positivisti nella religione dei fatti. Tra antropologia, linguistica e filosofia, possiamo oggi avvalerci delle riflessioni di Bronilaw Malinowski, di Konrad Ehlich e di Michel Foucault. Ma anche delle belle pagine di George Steiner (*Dopo Babele*, 1975), là dove spiega che la traduzione è implicita in ogni atto di comunicazione, nell'emissione e nella ricezione di ogni singolo atto di significazione: « senza interpretazione, nel significato molteplice ma genericamente unitario del termine, non potrebbe esistere la cultura, ma soltanto un rozzo silenzio alle nostre spalle ».

Eppure, nonostante la ventata positivistica sia tramontata con le macerie della Grande Guerra, molti storici praticano ancora, una « curiosidad necrofila » e una passione smisurata per l'antiquaria e la « museologia » (p. 18 s.). Per alcuni, sfiorare solo una qualche riflessione intorno alla teoria della narrazione sarebbe un vulnus intollerabile inferto alla verità.

Il titolo del nostro libro è, allora, davvero coraggioso. Coraggioso e trasparente nei confronti dei suoi lettori. Non va alla ricerca di soluzioni, strategie o ricette. Preferisce descrivere gli apparati teorici con cui dalla modernità si è affrontato il rapporto con il passato. Alla maniera dell'Autore di Foucault, Fonseca si eclissa, ma non prima di aver mostrato le sue inclinazioni e le sue letture: la storia totale delle *Annales*, l'autonomia del giuridico di Thompson, il nesso potere/sapere di Foucault, il tempo messianico di Benjamin.

La sua è una decostruzione del 'senso comune' e un elogio delle Teorie della Storia. In proposito, si potrebbe ricordare la mirabile opera *Tempo e racconto* di Paul Ricoeur che assimila la storiografia alla più generale teoria della narrazione. Ma anche Michel de Certeau, per cui non può esistere storiografia senza filosofia della storia. D'altronde, cos'altro è la teoria se non « osservare », come dicevano i Greci?

Non è senza significato, allora, che Ludwig Binswanger attribuisse proprio a Cézanne il merito di essere stato il primo grande fenomenologo, per la capacità — teorica, appunto — di fare pratica dell'osservazione. Dio solo sa quanto oggi abbiamo bisogno di teoria.

L'oblio di Borges e la memoria di Lurjia

« Funél el memorioso » è il personaggio fantastico di un racconto di Jorge Luis Borges (Buenos Aires, 1942). *El memorioso* è a metà strada tra il prodigioso e il mostruoso. Aveva una memoria senza limiti. Ricordava, non si sa quanto volentieri, ogni più minuto dettaglio della sua vita. Giorno dopo giorno, la sua mente ne era invasa fino quasi a scoppiare: « Poteva ricordare tutti i tralci e gli acini di una pergola. Sapeva le forme delle nubi australi dacché era nato, poteva ricostruire tutti i sogni dei suoi sonni, tutte le immagini dei suoi dormiveglia ». L'oblio, per Borges, è una difesa contro gli eccessi della memoria. Aiuta a organizzare il nostro archivio storico per lasciarci la libertà (meglio, la necessità) di selezionare o rimuovere gli eventi del passato.

Il caso clinico Sasetzsky è letterario quanto quello di Funés, ma ci è raccontato non da uno scrittore ma dal neurologo Alexander Lurjia (*The man with a shattered world*, New York, 1972). Colpito in guerra, il capitano Sasetzsky fu vittima di una devastante perdita della memoria. Una pallottola spezzò il suo mondo in migliaia di frammenti. Non solo la memoria episodica, anche quella procedurale. Per quasi vent'anni cercò di registrare in migliaia di fogli sparsi quel che gli accadeva, prima che gli scomparisse dalla mente. Non più l'oblio come autodifesa, ma la necessità del ricordo per la costruzione del « Sé ».

Le due metafore rinviano a uno dei nodi teorici più importanti del nostro libro: nel rapporto tra narrazione ed eventi, tra soggetto e realtà si fronteggiano da un paio di secoli due assi teorici fondamentali. Da una parte il positivismo storico rankeiano e, dall'altra, l'idealismo.

In merito, la critica dell'A. all'onnipotenza dei fatti e alla primazia ontologica dell'Io è particolarmente efficace e sa mettere allo scoperto gli esiti dogmatici di ogni operazione di 'naturalizzazione' della storia: estraneazione della realtà dal Soggetto; pretesa 'neutralità assiologica' del lavoro storico; meccanica sovrapposizione della conoscenza con la verità dell'oggetto; infatuazione scientista come espediente retorico di legittimazione del presente. Nonostante ciò, dobbiamo pure ammettere che il nostro mestiere coglie ancora i frutti di quell'instancabile scavo documentario che il positivismo storico ci ha lasciato in eredità.

La metafora dell'*interno* e dell'*esterno* ha connotato per secoli il discorso della modernità, offrendo alla *visione* del soggetto uno spazio per rivendicare la piena sovranità su quanto si costituisce come *altro da sé*. John Dewey (*Experience and Nature*, 1925) dedica memorabili pagine per descrivere le aporie del soggettivismo e del coscienzialismo, tornando di continuo sull'ambiguità del *paesaggio interiore* che da Cartesio in poi ha reso possibile « il dualismo tra l'io e il mondo delle cose e delle persone ». Negli stessi anni e dall'altra sponda dell'oceano, per Martin Heidegger (*Sein und Zeit*, 1927) « il fatto che il conoscere sia assunto come una "relazione fra soggetto e oggetto", si mostra tanto 'vero' quanto vuoto ».

Lascia dubbiosi, invece, l'eccessiva semplificazione nell'opposizione tra realismo e idealismo. Verrebbe da chiedersi: quale idealismo? Quello neokantiano (Rickert, Dilthey, Weber, Simmel) che pure non è così ingenuo da attribuire al « Pintor » un'assoluta primazia sui dati dell'esperienza? Che fa un uso sapiente degli apparati concettuali per ordinare un'attualità empirica caotica? Oppure quello oggettivistico di Hegel, per cui la Storia è fatta dall'Idea (l'Assoluto) che è trascendentale rispetto all'individuo?

L'Histoire avec sa grande Hache

Personalità eclettica di scrittore e poeta, Georges Perec (1936-1982) è stato saggista, traduttore, sceneggiatore ed esperto di enigmistica e di cruciverba. Uno scrittore che con i giochi combinatori del linguaggio ha modellato un'immagine del mondo. Il primo in Italia a manifestare apprezzamento per la sua opera è stato Italo Calvino.

Nel 1975 scrive *W ou le souvenir de l'enfance*. Non si tratta di un'autobiografia in senso tradizionale. Perec ha un occhio cinematografico che guarda con distacco ironico la possibilità stessa della memoria. Assai interessante è un passaggio nelle pagine iniziali: « "Je n'ai pas de souvenirs d'enfance": je posais cette affirmation avec assurance, avec presque une sorte de défi. L'on n'avait pas à m'interroger sur cette question. Elle n'était pas inscrite à mon programme. J'en étais dispensé : un autre histoire, la Grande, *l'Histoire avec sa grande hache*, avait déjà répondu à ma place: la guerre, les camps ».

« L'Histoire avec sa grande hache » è una metafora di ineguagliabile forza evocativa. Una combinazione di parole giocata sul termine francese *Hache* che significa scure o ascia, e sulla lettera H dell'alfabeto (*Ache*). Hache/Ache: un suono e due parole.

L'esitante bambino, dunque, alludeva alla Storia magniloquente e alla Storia come scure. Nella sua innocenza, non riusciva a mettere insieme i cocci dei suoi ricordi. Nel frattempo la pretenziosa Storia rispondeva per lui, con la guerra e i fumi dei campi.

Storia: dal Settecento è divenuto un nome singolare-collettivo, si è trasformata in un concetto regolativo di ogni esperienza compiuta e ancora da compiere, oltrepassando largamente l'ambito della semplice narrazione storica. Dalla fede biblica nel compimento finale all'idea di progresso che ricolloca i postulati cristiani in un piano *finalmente* intramondano.

La Storia (con la maiuscola) annichilisce le storie singolari. Fa volentieri a meno dei margini (e degli scarti), si concentra sulla parte mediana del foglio, magnificando le grandi figure delle vicende politiche e militari. In un mirabile intervento al convegno fiorentino su « Storia giuridica e dimensione sociale » (1985), Mario Sbriccoli osservava che il diritto è per sua natura pervasivo, invade ogni sfera del sociale, ha un tipico potere di rispecchiamento di fenomeni altrimenti

asintomatici: « Una legge, una sentenza, un'opinione di giurista, recano tanti di quei 'graffi' e 'segni', tante di quelle pieghe e di quelle rughe, che all'occhio veramente esperto non sarà certo impossibile dedurne 'fatti sociali avvenuti' » (Milano, 1986). Alla maniera di Aby Warburg, potremmo dire anche noi che « il buon Dio sta nel dettaglio ».

Ma che ragione ha di esistere una Storia del diritto? Una domanda apparentemente ingenua. Nessuna risposta soprastorica: nessun sapere si impone per sua intrinseca forza. I saperi fanno parte del gioco di forze che compongono il mondo storico in cui viviamo (p. 24).

La storia del diritto è essa stessa un evento storico che, come l'*Histoire avec sa grande ache* di Perec, viene alla vita con la modernità. Con la codificazione, infatti, appare un nuovo tipo di giurista che di *professione* fa anche lo storico. È figlio del mito del progresso e del tempo lineare e armonico. Fa precedere i suoi trattati da corpose introduzioni che vanno alla ricerca dei *precedenti*. Più indietro si spinge nel tempo, alla ricerca delle origini, meglio riesce a *naturalizzare* il diritto vigente: la società borghese come il migliore dei mondi possibili. Quando occorre, s'avvale del diritto romano, maneggiato come una sorta di arca sacra della Ragione Giuridica. Valida per ogni tempo e in ogni luogo. Insomma, una straordinaria operazione retorica (e ideologica) che fa della Storia una sorta di « macchina naturale ». La Storia non è mai così innocente!

Qual è la possibile via d'uscita? Di sicuro, non una ricetta bella e confezionata, ma un'avventura intellettuale, per cercare di « esplicar y plantear problemas criticamente » (p. 18). A questo scopo, gli autori prediletti (soprattutto Michel Foucault e Walter Benjamin) sono riletti come un'inesauribile « cassetta degli attrezzi ».

Per una critica alla visione lineare e continua del tempo storico, si può parlare con le parole di Foucault: « Si tratta solo, liberando la cronologia e le successioni storiche da ogni prospettiva di "progresso", restituendo alla storia della esperienza un movimento che non prende niente a prestito dalla finalità della conoscenza o dall'ortogenesi del sapere, si tratta di lasciar apparire il disegno e le strutture dell'esperienza della follia come l'ha fatta realmente il classicismo. Questa esperienza non è né in progresso né in ritardo rispetto a un'altra » (*Storia della follia nell'età classica*, Milano, 2006).

Possiamo pure ricorrere a Benjamin, là dove scrive che, per avere un'autentica « speranza nel passato », bisogna « spazzolare la storia contropelo »: « Quelli che di volta in volta dominano sono perciò gli eredi di tutti coloro che hanno vinto sempre [...]. L'idea di un progresso del genere umano nella storia è inseparabile dall'idea che la storia proceda percorrendo un tempo omogeneo e vuoto. La critica dell'idea di questo procedere deve costituire il fondamento della critica all'idea stessa del progresso » (Tesi VII e XIII). O quando, all'istante vuoto e quantificato Benjamin oppone una *Jetztzeit* (un tempo-ora) come contrazione istantanea del tempo che si realizza nell'arresto messianico

dell'accadere storico: « è noto che agli ebrei era vietato investigare il futuro [...] ma non perciò il futuro diventò per gli ebrei un tempo omogeneo e vuoto. Poiché in esso ogni secondo era la piccola porta da cui poteva entrare il messia » (Tesi XVIII, B). Ricordare (*Eingedenken*), allora, non significa semplicemente rammemorare, ma *rivivere* nel ricordo l'evento passato. Diversamente dal ricordo volontario (*Erinnerung*), che appartiene alla dimensione del tempo oggettivato e vuoto di contenuto.

Come Adorno, Benjamin nega l'identità tra realtà e pensiero. La realtà eccede sempre la sua rappresentazione. La storia è una costellazione dove ogni suo singolo punto è chiamato, « nello stato di emergenza », a confliggere col presente.

Il passato non è un morto possesso, ma una fonte vitale e inesauribile di possibilità.

ALBERTO SPINOSA

PER CHI SUONA LA « LLAMADA »

Il libro su cui oggi siamo chiamati a riflettere non è fresco di stampa. Edito nel 2009 per i tipi della Juruá (Curitiba), raccoglie saggi pensati e scritti dall'autore nell'arco di un decennio, alcuni dei quali già pubblicati in veste autonoma su importanti riviste e collettanee. Si parla quindi di un libro già noto al circuito degli storici del diritto, ma che solo di recente — come conferma l'incontro maceratese che sta alle spalle di queste righe — sembra essere entrato davvero nel campo visivo della disciplina.

Indovinare le ragioni di questa sfasatura appare per certi versi abbastanza agevole. Il volume di Ricardo Fonseca non è rivolto al lettore europeo. Molti, moltissimi fili, è vero, lo legano alla cultura europea, così come specificamente 'fiorentine' appaiono alcune importanti scelte di metodo, unite a trasparenti idiosincrasie. Ma è l'ambiente accademico brasiliano il punto di partenza e di naturale ritorno delle sue pagine. Pagine che nascono, infatti, sulla spinta di una specifica « necessidad » didattica e che riflettono il processo di posizionamento e strutturazione di una materia di insegnamento — la storia del diritto — ancora giovane all'interno dei piani di studio delle Facoltà giuridiche brasiliane, che trova a doversi misurare con settori disciplinari tradizionalmente più agguerriti e influenti. Perché storia del diritto? Cosa significa? Qual è il suo oggetto e quali i suoi presupposti teorici? Questi interrogativi non vogliono avere per Fonseca una valenza universale, ma acquistano senso e destinazione se inseriti nel peculiare clima accademico e culturale d'oltre oceano, nel contesto non immediatamente esportabile di una disciplina che sta attraversando una delicata e

quantomai vivace fase di transizione. Insomma, per parafrasare il titolo di un nostro maestro, sono le domande di uno storico del diritto « alla ricerca di se stesso », che riflette sulle funzioni, sui limiti e le condizioni di possibilità del proprio settore scientifico, in un colloquio che si svolge in primo luogo davanti allo specchio.

L'attenzione crescente che il libro di Fonseca sta cominciando ad attirare anche da questo lato dell'Atlantico, sta nel carattere naturalmente espansivo di quelle domande, nel fatto che di fronte ad esse è assai difficile rimanere a lungo osservatori passivi. Condivido in pieno, al riguardo, quanto scrive Paolo Cappellini nella prefazione: diversamente da quanto lascia intendere il titolo, abbiamo a che fare con qualcosa di più di una modesta opera di introduzione allo studio giuridico. L'ansia progettuale che la percorre finisce per avvicinare l'opera a qualcosa che assomiglia molto ad un atto fondativo, ad uno di quei manifesti programmatici con i quali tradizionalmente si chiamano a raccolta gli studiosi attorno ad una impresa culturale comune. La sua vocazione è didattica dunque nel significato più alto che può attribuirsi alla parola. Fonseca non si rivolge tanto ai suoi odierni studenti, quanto piuttosto ai suoi futuri 'discepoli'. Certo, il taglio rimane volutamente aperto e problematico; e più che convergere verso un unico punto di fuga, ciascuno dei saggi raccolti intende aprire la ricerca storico giuridica a un campo di possibilità, suggerire percorsi di indagine non convenzionali e nuovi possibili strumenti di lavoro. Ma è proprio in questa apertura che sta il messaggio più fecondo e originale dell'opera. La 'liberazione' del presente dall'incombenza di un futuro già scritto dentro ad una sequenza lineare, ascendente ed univoca di fatti storici; la possibilità « que o presente jurídico surja como um campo de reflexão complexo e *cheio de alternativas* » (1), pretendono la disponibilità epistemologica della disciplina ad accogliere tutti gli strumenti interpretativi utili allo scopo. Si parla di passato, dunque, in questo libro, del nesso problematico che lega e divide passato e presente, ma è il futuro la dimensione temporale che più gli appartiene. Un futuro ancora tutto da inventare, alla cui costruzione anche gli specialisti del passato possono (e devono) dare il loro contributo decisivo.

Rimane per il momento laterale al baricentro di interesse dell'indagine, tutta l'altra grande area problematica che tradizionalmente incombe sulla disciplina. E cioè il problema del rapporto tra la storia del diritto e le discipline di diritto positivo e più in generale del ruolo che essa gioca nella formazione del giurista. Un rapporto tanto necessario, quanto storicamente instabile (2), né scontato sul piano teori-

(1) Citazione tratta dalla terza di copertina dell'edizione brasiliana.

(2) Cfr. P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto* (2005), Milano, Giuffrè, 2009.

co (3). Che rischia di farsi più complesso, paradossalmente, quanto più solide, sul piano epistemologico, appaiano le fondamenta stesse della ricerca storica, e di conseguenza meno lineare e necessario si riveli il legame tra il passato e il presente del diritto.

Non credo che questo silenzio possa essere additato come una lacuna. Di certo si tratta di una scelta deliberata. Assumere come dati la presenza della storia del diritto nei *curricula* delle Facoltà di giurisprudenza e insieme l'importanza educativa che essa svolge nell'iter formativo del giurista, consente all'autore di mettere in parentesi il problema del rapporto tra 'storia' e 'sistema', per concentrare tutta la sua attenzione sulle basi teoriche della disciplina, sulle sue potenzialità e i suoi limiti, nella convinzione che « comprender el pasado es una operaciòn compleja que [...] debe se avalada internamente, esto es, desde una perspectiva teórico-metodológica » (p. 19). A monte — mi pare — l'idea della vocazione essenzialmente politica e sociale della storia del diritto. Il cui ambito 'naturale' di svolgimento è sì, la Facoltà di giurisprudenza, ma prima di tutto la società, della quale ambisce a rappresentare un polo di riflessione e dibattito in qualche misura ineludibile. L'idea insomma di una scienza immersa nel dibattito culturale del proprio tempo, fortemente impegnata, accanto alle altre scienze umane e sociali, nel difficile, appassionato (4), compito di analisi e comprensione (talora denuncia) del presente, e quindi di progettazione e immaginazione del futuro.

Coerenti rispetto a questa fondamentale ricerca di senso, gli itinerari che il libro propone sono molteplici. Dal confronto con alcune delle più influenti letture del pensiero marxista in Brasile, ad una riflessione intorno alle tesi sulla storia di Benjamin; dall'auspicio di un possibile terreno d'incontro teorico con l'approccio delle *Annales*, alla proposta operativa di un impiego, di certo spiazzante per le modellistiche storiografiche tradizionali, di alcuni schemi interpretativi foucaultiani, come la nozione di 'società della sicurezza'.

Lungi dall'essere casuale, e meno che mai strumentale ad una ricognizione manualistica delle diverse teorie della storia, la selezione dei percorsi e dei temi appare invece funzionale a due operazioni simultanee. Da una parte, segnare una netta discontinuità rispetto agli anacronismi e alle illusioni epistemologiche della « historiografía tradicional ». Ciascuno degli itinerari aperti, se non muove verso un comune punto d'arrivo, trova nella critica al positivismo storiografico (*rankeano*, tradizionale) un comune punto di partenza. È la distanza

---

(3) Cfr. P. Costa, *A che cosa serve la storia del diritto? Un sommesso elogio dell'inutilità*, in *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, lavoro, economia mobilità e formazione*, a cura di O. Roselli, Napoli, ESI, 2007, pp. 23-41.

(4) G. Marramao, *La passione del presente. Breve lessico della modernità-mondo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008.

che ognuno di essi pone rispetto alle strettoie teoriche di un approccio meramente 'positivistico' allo studio del passato a renderlo di fatto meritevole di trattazione agli occhi dell'autore. E il motivo della censura, coerente allo spirito del libro, sta più negli esiti culturali che tale approccio produce, che nelle sue premesse epistemologiche (oggettività del reale, neutralità assiologia, trasparenza del passato, ecc.), rammentate a puro beneficio didattico. La storia come progresso; l'idea del passato come preparazione del presente, come presente 'imperfetto'; oppure la concezione dello sviluppo storico come successione lineare di cause ed effetti. Sono queste le « consecuencias funestas » imputabili alla storiografia tradizionale. Che si converte in tal modo in una forma di legittimazione del presente, attraverso una lettura orientata del passato che fa uso di una logica *escludente*, una logica che appunto « excluye todas las perspectivas y posibilidades históricas occuridas o frustradas », che non riescano a trovar posto della linea storica prescelta (p. 63).

Rispetto ai lati oscuri della strategia positivistica, i saggi dedicati a Foucault, a Benijamin, alla scuola delle *Annales* e, entro certi limiti, anche alla storiografia marxista rappresentano allora, al tempo stesso, altrettante ipotesi di via d'uscita dal positivismo, la ricerca per tappe successive di uno strumentario concettuale capace di ovviare alle semplificazioni (tutt'altro che disinteressate) della 'historiografía tradicional' e ogni forma di ingenuo dilettantismo.

In questa prospettiva, se con Foucault è il nesso tra discorsi e pratiche, e tra diritto (norme) e potere (poteri), a catalizzare l'attenzione dell'autore, è invece il problema dell'autonomia ontologica del diritto rispetto alla sfera dei rapporti economici, e dunque del diritto come oggetto autonomo di investigazione storica, che attraverso Marx (o alcune delle sue letture) diventa il punto di riflessione privilegiato. Allo stesso modo, se Marx e Foucault insieme, invitano a riflettere sul legame strutturale tra dimensione sociale e giuridica, dall'altra parte, sia in Benjamin che nella proposta delle *Annales* è il problema del mutamento a diventare prevalente. Sono adesso le combinazioni tra continuità e discontinuità, tra breve e lunga durata, l'autonomia del passato rispetto al presente (e alle sue esigenze) i problemi che Fonseca raccoglie e rilancia al suo lettore.

Di fronte al ventaglio aperto degli itinerari storiografici proposti, l'analisi si sofferma sul terreno delle intersezioni possibili con il piano della ricerca storico giuridica, segnalando di volta in volta le opportunità interpretative che le diverse strategie di comprensione del passato possono offrire allo storico del diritto.

Degno di attenzione è il confronto che l'autore instaura con la storiografia marxista. Il problema è noto: la possibilità offerta dal materialismo storico di 'risolvere l'enigma' della storia dell'Occidente attraverso la successione dei suoi principali sistemi di produzione — schiavista, feudale e capitalista — ovvero la possibilità di decifrare i

mutamenti storici attraverso lo scandaglio dei conflitti di classe e delle dinamiche economiche, finisce per consegnare il fenomeno giuridico agli strati epidermici della storia, svuotando di autonomia, fatalmente, anche i saperi che lo riguardano, storia del diritto in testa. Come già nel capitolo dedicato alla scuola delle *Annales*, la soluzione passa per Fonseca attraverso la riaffermazione del diritto come realtà 'radicale', portante, di una società. Non già mera ombra formale (la proiezione ideologica) di una realtà sociale fatta essenzialmente di materialissimi conflitti di classe, ma elemento costituivo e strutturale di quella stessa realtà, espressione dei valori profondi che nel corso della storia ogni società esprime. È dentro a queste coordinate che si inscrive la critica che Fonseca muove alla nozione di « spazio di conflitto » usata da Edward Thompson per definire il fenomeno giuridico. Un contrappunto che si gioca essenzialmente intorno alla concezione strumentale che lo storico inglese aveva (e contribuiva a divulgare) del diritto positivo. È vero, infatti, che attraverso l'idea del conflitto, il diritto smetteva di presentarsi come un mero strumento di sopraffazione delle classi dominanti sulle subalterne, ma non cessava però in ogni caso di essere *strumento*. Disponibile sì, all'occorrenza, a farsi portavoce degli interessi degli oppressi, ma pur sempre privo di una propria autonomia ontologica. Una pura tecnica, insomma, una retorica suscettibile in ogni momento di servire i più diversi padroni. Riaffermare la centralità della storia del diritto nel quadro delle scienze storiche significa allora combattere l'idea del diritto come mero strumento. In un certo senso, anche nel suo più esasperato tecnicismo, il diritto non è mai soltanto tecnica. Il diritto, il sapere giuridico, più si fa tecnico — ci ricorda l'autore attraverso Grossi — più in qualche misura tradisce la propria storicità. Distinguendo tra un dominio diretto e un dominio utile, il giurista medievale non si limita a risolvere in modo ingegnoso uno specifico conflitto tra interessi contrapposti, ma rende una testimonianza estremamente attendibile, probante, di un mondo giuridico, culturale e sociale 'altro', per molti aspetti antitetico al nostro, che risulterebbe difficilmente afferrabile per chi dalla storia del giuridico, per un qualsivoglia motivo, intendesse girare al largo.

Un « saber que mira al presente » (p. 119). La storia del diritto può sottrarsi al ruolo comprimario al quale tende ad inchiodarla la tradizione positivistica, alla falsa alternativa tra studio erudito e strumento d'introduzione al (e di legittimazione del) diritto vigente, solo a due condizioni. La prima passa per la negazione del carattere 'strumentale' del fenomeno giuridico. Operazione che implica per Fonseca la necessità di emendare l'idea di diritto diffusa in Brasile da alcune influenti interpretazioni del marxismo. La seconda dipende direttamente dalla capacità della disciplina di tenere alta l'attenzione sulle proprie fondazioni teoriche, e dalla disponibilità che essa dimostri a sottoporre a vaglio critico gli schemi esplicativi che propone e prima ancora gli

strumenti concettuali di cui si serve. È in questa prospettiva che vanno letti i capitoli dedicati a Michel Foucault.

La posizione che Foucault occupa nel quadro della proposta storiografica di Fonseca è centrale. Al pensiero del filosofo francese si ispira del resto anche gran parte della sua produzione scientifica. Dal primo studio su *Modernidade e contrato de trabalho* (São Paulo, 2001), dove l'impiego della nozione di 'potere disciplinare' consente di demitizzare le conquiste del moderno diritto del lavoro brasiliano (svelando processi di soggezione/controllo del lavoratore invisibili da un'ottica squisitamente positivistica), fino agli ultimissimi interventi attorno al fenomeno migratorio (5), è Foucault a fornire a Fonseca le categorie fondamentali di decodifica della realtà. La cui opera scientifica può essere considerata, da questo punto di vista, come uno dei tentativi più organici di impiego operativo, sul piano della ricerca storico giuridica, delle intuizioni teoriche del filosofo francese. Il richiamo a Foucault non solo rafforza l'idea della necessaria centralità del sapere storico, giacchè nulla, neppure il pensiero (i saperi, le diverse *epistemi*) sfugge al cerchio della storicità, ma è in grado di fornire allo storico del diritto una serie di filtri ottici in grado di rendere più nitida la lettura dei processi storici in atto. I concetti di governamentalità, sicurezza e biopotere rientrano tra questi. Mi ci soffermerò molto rapidamente provando a rispondere ad una delle tante 'chiamate' che il libro rivolge al suo lettore.

Come è noto, la riflessione sui temi della biopolitica e della sicurezza occupa la seconda parte dell'itinerario di ricerca di Foucault, quando lo studio sulle forme e le tecnologie del potere si sposta dalle micro-istituzioni (come la scuola, la fabbrica, il carcere), alle macro-collettività, in particolare alla popolazione quale protagonista inedito del discorso politico moderno. A partire dal XVI secolo, ma specialmente dal Settecento, è il controllo, la gestione della popolazione che per Foucault rappresenta l'oggetto nuovo e la sfida principale dell'attività di governo. In che forme si manifesta storicamente questo controllo? La risposta tradizionale fa leva sul binomio sovranità-obbedienza. È il nesso (hobbesiano) che intercorre tra Stato, rappresentanza, volontà legislativa e obbedienza la 'tecnologia' del potere capace di assicurare in età moderna l'ordine e la sicurezza all'interno di un dato territorio. Anche l'esperienza dello Stato di diritto sta dentro a queste coordinate. Se è vero che al primato della legge corrisponde tanto la garanzia dell'unità politica (della sovranità), quanto la garanzia dei diritti individuali (libertà, proprietà e sicurezza). Ebbene, per

(5) Cfr. R. M. FONSECA, *La fenomenologia del potere tra legge e « norma »: un itinerario foucaultiano sulle dinamiche di esclusione del diritto moderno*, in, *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Macerata, EUM, 2012, pp. 149-164.

Foucault lo schema giuridico-legale retto sul principio di sovranità non è la sola, ma una soltanto delle forme nelle quali storicamente, nel corso dell'età moderna, viene garantito l'ordine sociale. Ed è proprio l'irruzione storica della popolazione come 'problema', come nuovo campo di esercizio del potere a sollecitare la nascita di nuovi saperi (come l'economia politica) e di nuovi dispositivi di sicurezza sganciati dal necessario riferimento alla dimensione della sovranità. Questo spostamento di baricentro dal comando alla 'gestione' è introdotto da Foucault attraverso i concetti di governamentalità e biopotere. Entrambi infatti alludono ad un esercizio del potere che ha nella popolazione (concetto più ampio del nostro 'popolo') il suo destinatario principale, nella economia politica il suo criterio principale di razionalità e in un intreccio complesso di analisi, tattiche, calcoli, procedure, istituzioni, la sua normale modalità di esercizio. Con il risultato che laddove il giurista liberale vede il grande campo aperto dei diritti e delle libertà, protetti e limitati dalla legislazione sovrana, il filosofo francese vede uno spazio saturo di normazione, una coltre soffocante di regole di condotta e discipline, riconducibile non ad un centro di potere sovrano, ma ad un reticolo, ad una costellazione (apparentemente) invisibile di saperi e poteri in grado di orientare il comportamento delle popolazioni in modo di gran lunga più efficiente e capillare di quanto non sia possibile ottenere ai comandi giuridici. Questa è ciò che Foucault chiama la « era della governamentalità ». Una scoperta del XVIII secolo nella quale saremmo ancora immersi. E se il dato rilevante della modernità non è tanto la 'statalizzazione' della società, quanto la 'governamentalizzazione' dello Stato, allora la modernità è una parentesi che abbiamo voluto chiudere con troppa fretta.

Ora, come impiegare operativamente, dentro un programma di ricerca storico giuridico, questo stimolante strumentario foucaultiano? Un saggio delle sue potenzialità ermeneutiche ce lo dà lo stesso Fonseca nell'articolo sopra menzionato sul tema attualissimo dello *ius peregrinandi*. Sottratta alle coordinate logico-giuridiche tradizionali — sovranità dello Stato da una parte, diritto dell'individuo dall'altra, come poli simmetrici e centri di interessi potenzialmente contrapposti (6) — e ripensata alla luce della logica foucaultiana di una *governance* delle popolazioni, la regolazione del fenomeno migratorio appare affidata sempre meno alla ricerca di un bilanciamento giuridico tra diritti e divieti, come pure a una gestione amministrativa delle frontiere nazionali, mentre acquistano maggior rilievo azioni indirette e decentrate (e tendenzialmente invisibili) come possono esserlo politiche di controllo demografico (dei paesi in via di sviluppo), oppure misure macroeconomiche di intervento sui tassi di disoccupazione (anche dei paesi 'ospi-

(6) In questa prospettiva cfr. da ultimo la ricca indagine di M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012.

tanti'). Misure a prima vista scollegate dall'ambito nel quale sono destinate a produrre effetti, il cui fondamento di razionalità sta nel disincentivare a monte, più che regolare a valle, il fenomeno migratorio. Misure, in sostanza, la cui efficacia non appare minimamente scalfita da un'eventuale affermazione 'universale' dello *ius migrandi*, ma che, anzi possono tranquillamente prosperare alle sue spalle.

Prese sul serio, dunque, le categorie foucaultiane possono arricchire in modo benefico il quadro analitico tradizionale, invitando alla formulazione di domande 'scomode' circa la effettiva natura e provenienza dei dispositivi di potere che guidano le grandi trasformazioni storiche, suggerendo altresì di allargare il campo di osservazione dei fenomeni sociali oltre il ristretto ambito del discorso sui diritti. Ora, io non saprei dire se da qui diventi possibile l'operazione invocata da Foucault circa il 'tagliare la testa al re', oppure non si possa andar oltre la constatazione che a cambiare siano di volta in volta solo le tecnologie di potere impiegate e i saperi chiamati a legittimarle. Se anche non dovessero apparire immediatamente sostituibili alle categorie, chiamiamole così, tradizionali, è indubbio però che nozioni come governamentalità e società di sicurezza rappresentino degli ottimi pungoli interpretativi con i quali mettere alla prova la tenuta dei modelli esplicativi tradizionali, illuminandone i profili di maggior debolezza. Ma soprattutto, mi pare hanno il pregio di rimettere al centro dell'attenzione il problema del nesso tra poteri e saperi, del grado di rappresentatività del discorso giuridico sull'effettività delle pratiche. Lasciando scorgere, in molti frangenti, una distanza tale da non potere essere a lungo ignorata dagli stessi storici del diritto. E forse è proprio su questo delicato crinale che si situa uno di quegli 'istanti di pericolo' nei quali soltanto, secondo Benjamin, il compito dello storico diventa determinante.

Per concludere, più che l'idea di una storia critica, le pagine di Fonseca suggeriscono l'immagine di una storia del diritto in primo luogo auto-critica: ossia consapevole della intrinseca relatività storica delle proprie determinazioni, attenta alle proprie fondazioni teoriche e guardinga rispetto alle 'mitologie' che essa stessa (inevitabilmente) contribuisce a costruire. È questa la *llamada* che ricorre martellante ad ogni angolo del libro. A questo 'apelo' — per dirla nella lingua madre dell'autore — neppure il lettore europeo può sottrarsi.

RICARDO MARCELO FONSECA

RESPOSTA ÀS INTERVENÇÕES

Não deixa de ser um orgulho para um pesquisador que trabalha e elabora suas reflexões no outro lado do oceano Atlântico ver um livro

seu receber uma generosa atenção de colegas europeus. Primeiro, na Espanha, quando colegas (Manuel Martinez Neira, Adela Mora Cañada e Rafael Ramis Barceló) tomam a iniciativa de proceder a uma tradução na língua castelhana e, depois, na Itália, quando a ocorre uma fraterna iniciativa (de Massimo Meccarelli, em Macerata) em reunir colegas (Francesco Migliorino, Alberto Spinosa e também Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta) para discutir possíveis pontos de interesse dessa obra para um leitor do velho mundo. O motivo de orgulho, em verdade, torna-se maior ao se perceber o que ele na verdade representa: um legítimo interesse intelectual no que está sendo feito na jovem historiografia jurídica brasileira (1) e, a partir daí, um interesse em dialogar e enriquecer um colóquio acadêmico com essa parte muito peculiar da América Latina: peculiar porque fala e pensa em língua portuguesa, mas também porque, aqui, a disciplina histórico-jurídica (ao contrário de seus vizinhos hispano-americanos) está nos seus primeiros decênios de tradição nos cursos universitários. O orgulho, mais do que pessoal, è portanto mais ligado à constatação de que o ambiente acadêmico no qual um autor escreve chamou a atenção de colegas europeus queridos e que no Brasil são conhecidos e lidos com tanto interesse nosso.

Essa condição específica da historiografia jurídica brasileira — sua juventude — traz naturalmente consigo algumas marcas muito próprias. E como muito frequentemente acontece na vida das pessoas, alguns traços de personalidade podem ser ao mesmo tempo qualidades (ou vantagens) e defeitos (ou fraquezas). No caso da juventude da nossa historiografia jurídica, essa reflexão parece ser igualmente verdadeira: de um lado, a falta de tradição teórica (e a consequente falta de "escolas" histórico-jurídicas brasileiras consolidadas ou de parâmetros teóricos já consensados pela nossa comunidade acadêmica) pode pesar negativamente. De outro lado, a falta de amarras em tradições anteriores está sendo compensada com imensa curiosidade (sobretudo aos referenciais teóricos europeus), contínuo entusiasmo e por uma obstinada preocupação por estabelecer parâmetros teóricos e metodológicos, sobretudo tendo-se em vista a renitência no âmbito da ciência jurídica brasileira de um (assumido ou enrustido) positivismo jurídico e também epistemológico.

Pois è justamente tendo em vista essa condição dúplice (que, sendo própria do nosso ambiente, certamente impregna também o livro que escrevi) è que farei algumas e breves observações acerca do que anotaram Francesco Migliorino, Massimo Meccarelli e Alberto Spinosa sobre um livro que, como não poderia deixar de ser, responde a desafios

(1) Como, também de modo muito generoso, já notou Paolo Grossi há alguns anos quando escreveu *Un saluto alla giovane storiografia giuridica brasiliana*, in « Quaderni Fiorentini », 35 (2006), t. II, p. 1037 e ss.

e questões que nos últimos anos emergiram do ambiente intelectual brasileiro.

Tendo sido os colegas certamente generosos em suas leituras, limito-me a contextualizar alguns pontos de suas penetrantes leituras. Logo de saída, um motivo de satisfação ao autor: não passou despercebido que o livro não quer indicar « un modello di storia del diritto » (Meccarelli) e tampouco está a procura de « soluzioni, strategie o ricette » (Migliorino). Quer, isso sim, fazer uso de autores como uma « cassetta degli attrezzi », podendo de fato ser lido como um "patchwork" (na linguagem elegante e metafórica de Migliorino). Certamente preocupado em estabelecer vias de abordagem para a história do direito que sejam *críticas*, mas ainda mais preocupado em ser *autocrítica* na consciência « della intrinseca relatività storica delle proprie determinazioni, attenta alle proprie fondazione teoriche » (Spinosa). E, nesse contexto, certamente há uma preocupação constante em assinalar o papel não negligenciável que o direito joga no plano da complexidade da história (Meccarelli), com os desafios teóricos e metodológicos (nada simples) que daí emergem para a historiografia jurídica.

E nesse esforço explicativo do livro, quando se busca desvelar o impacto decorrente da cisão feita pela história rankeana entre sujeito e objeto, Francesco Migliorino vê, com razão, alguma simplificação « nell'opposizione tra realismo e idealismo », já que muitas *sfumature* não negligenciáveis entre as várias espécies diferentes de idealismo são de fato deixadas de lado. O que aqui ocorreu, tão só, foi que a pretendida vocação didática do livro (em verdade concebido principalmente para estudantes) acabou por privilegiar a clareza do discurso, o que não raro (como foi o caso) sacrifica o rigor conceitual, para o qual um pensador tão atento como Migliorino certamente não ficaria indiferente.

Massimo Meccarelli, por outra via, percucientemente chama a atenção (e chama a atenção do próprio autor) para o fato de que boa parte dos esforços de reflexão podem ser enquadradas numa « storia delle dimensioni giuridiche della giustizia », entendida como um conjunto de reflexões que « sta alla base dei processi di manifestazione del giuridico e dunque come categoria del incardinamento della esperienza giuridica ». Mais do que isso, lança o interessante desafio de que aqui, nessa 'história da justiça', possa ser encontrado « un luogo di territorializzazione per la storia del diritto e un possibile terreno di incontro tra le due sponde dell'Oceano ». Para além de uma análise aguda e convincente, vê-se certamente um convite que revela por detrás de si a identificação de um espaço comum de preocupações, problematizações e questionamentos que, sendo compartilhados, alimentam-se reciprocamente e demonstram na prática as possibilidades de um diálogo entre duas culturas com substanciais diferenças.

Possibilidades de diálogo confirmadas também pela sensibilidade da análise minuciosa de Alberto Spinosa, que compreende o cerne de

meus propósitos quando busco o referencial foucaultiano em várias de minhas pesquisas. E, para além de outras minuciosas e inesperadas leituras de conexões e reflexões a partir do livro, também percebe como alguns referenciais teóricos europeus por mim utilizados tomam um sentido e uma finalidade particular quando inseridos no contexto brasileiro: esse, por exemplo, é o sentido específico do tipo de análise feita sobre algumas das interpretações influentes do marxismo (sobretudo o caso do particular impacto e influência no Brasil do historiador inglês Edward Thompson). Ou seja, ao perceber o sentido e a pertinência da apropriação, por um pesquisador brasileiro, de referenciais que partiram do velho continente, Spinosa reafirma, de modo indireto, a contínua possibilidade de trocas recíprocas; trocas de intuições e inspirações, que facilmente tornam-se comuns; a possibilidade, enfim, de um diálogo frutuoso e contínuo entre culturas separadas por um oceano.

Tudo isso parece parcialmente desmentir Jacques Derrida, quando dizia ele que « la traduzione è un altro nome della impossibilità » (2): pois, de um lado è necessário admitir que entre culturas sempre haverá diferenças ou até opacidades, que não vão cessar de desafiar as possibilidades de tradução. Mas ao mesmo tempo, de outro lado, deve-se reconhecer que culturas diferentes, exatamente pela sua diversidade recíproca, podem alimentar-se e renovar-se umas às outras, provocando aquele fascínio da alteridade que, despertado pelo estranhamento, acaba por enriquecer a sua própria compreensão (como o fascínio cultural que o Brasil sempre teve pela Europa). Pois as ricas e generosas leituras feitas por colegas europeus a um livro brasileiro demonstram como a disposição e os êxitos de tradução entre culturas são incessantes — ao menos no que diz respeito à cultura histórico-jurídica.

(2) Jacques Derrida, *Il monolinguismo dell'altro: o la protesi dell'origine*, Milano, Cortina, 2004, p. 74.

Discussione sul volume di
SERGIO SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012.

GIOVANNI CHIODI

IL TENTATIVO E LA PENALISTICA EUROPEA DAL XIX AL XXI SECOLO: UNA RIFLESSIONE STORICA PER IL GIURISTA CONTEMPORANEO

1. Premessa. — 2. Peculiarità delle vicende italiane nell'Ottocento. Milano. — 3. Napoli. 4. Toscana. — 5. Francia. — 6. Germania. — 7. Austria. — 8. Francesco Carrara: un gigante dai piedi d'argilla? — 9. Atti esecutivi in Francia: dal secondo Ottocento al Novecento. — 10. Atti esecutivi in Germania. — 11. Tentativo con mezzi inidonei in Francia. — 12. Tentativo con mezzi inidonei in Germania dal secondo Ottocento. — 13. Vicende italiane dopo Carrara. — 14. Positivismi. — 15. Il metodo tecnico-giuridico alla prova. — 16. La prima vita del Codice del 1930. — 17. Un ponte tra passato e futuro.

1. *Premessa.*

Anche oggi che i contatti tra storici e penalisti si sono fatti frequenti e fonte di proficui scambi, è cosa rara leggere un libro di diritto penale nel quale alla storia è riservato un ruolo così preponderante e propulsivo, come nella fatica preziosa di Sergio Seminara. Non è la prima volta che, per risolvere i problemi complessi del delitto tentato, il cultore del diritto positivo interroga la storia. La ricchissima indagine che ora Seminara dedica all'esperienza contemporanea, comparando tra loro diacronicamente cinque differenti esperienze nazionali europee, possiede tuttavia uno spessore e un raggio d'azione incomparabili nella nostra letteratura e rende finalmente giustizia a questa lunga fase della storia del delitto tentato, che giunge fino al nostro presente, valorizzandone l'importanza ai fini della comprensione e della riforma del diritto attuale, imponendosi come futuro punto di riferimento di ogni successivo approfondimento. Ciò è dovuto non solo alla mole dell'impresa, ma anche a una doppia ragione metodologica. Seminara affronta infatti l'arduo compito innanzitutto con approccio diretto — di prima mano — alle fonti che costituiscono oggetto della sua ricerca, con

ammirevole scrupolo; non solo dottrina, ma anche legislazione e giurisprudenza. Le fonti in questione, inoltre, vengono sottoposte a una lettura critica che molto si giova della conoscenza approfondita che l'Autore possiede delle categorie e dei princìpi del diritto penale attuale. L'acribia dogmatica e la raffinata padronanza tecnica si confermano così potenti risorse al servizio della comprensione storica purché, come nel caso di specie, il loro uso non deformi i significati originari dei testi.

La ricerca di Sergio Seminara è proiettata anche sui problemi della riforma del codice penale e quindi del tentativo, in cui egli è stato coinvolto in prima persona. Consultare la storia, quindi, ha costituito anche un modo, insieme alla comparazione, per progettare il futuro. Riannodare i fili del passato fino ad oggi per sondare l'origine e le ipotesi di lettura di concetti nati in epoche lontane e codificati dalla fine del Settecento, ma che ancora ci riguardano. Ricostruzione, dunque, di una tradizione o meglio di più tradizioni, nella consapevolezza che « punto di partenza di un lavoro 'di riforma di sistema' è una presa di posizione rispetto all'esistente: una riforma è tale in rapporto alla tradizione » (D. Pulitanò, *La riforma del codice penale: un cammino possibile?,* in *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001, a cura di C. de Maglie - S. Seminara, Milano, 2002, p. 259).

I problemi del delitto tentato ruotano essenzialmente intorno alla definizione dei suoi requisiti strutturali, e quindi all'individuazione dell'inizio dell'attività punibile, e al trattamento sanzionatorio rispetto al delitto consumato. Questioni sorte ben prima dei codici e in merito alle quali il contributo della dottrina medievale e moderna di diritto comune è stato determinante: basti solo pensare all'idea del frazionamento dell'*iter criminis* in due fasi (atti remoti e atti prossimi). Non sono mancate incursioni dei penalisti anche nel lungo periodo storico prima dei codici: su questo terreno esse sono state superate dalla meticolosa monografia di Roberto Isotton (*Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativi dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006), guida indispensabile e apprezzata anche da Seminara, che si concludeva delineando uno stato della questione dei problemi agitatisi nella dottrina tra Otto e Novecento, riguardo ai nodi gordiani della materia. Comunque sia di questa storia pluri-secolare, il documentato libro di Sergio Seminara prende avvio dal Settecento illuminista, dal pensiero di Cesare Beccaria e Gaetano Filangieri (peraltro discordi tra loro sul cruciale problema della pena), ma anche di quella colta schiera di giuristi che Adriano Cavanna denominava post-beccariani, i quali tradussero in postulati giuridici, ordinando in sistemi più o meno coerenti, gli assiomi filosofici. La generazione di Romagnosi, Cremani, Carmignani e tanti altri, che attuano la transizione dal regime

di tardo diritto comune alla codificazione. È una dottrina alla quale, in altre parole, si deve la costruzione di un sistema di princìpi scientifici del diritto penale, attraverso una serie di apporti che non si esauriscono nel pur grosso debito contratto nei confronti della scienza italiana ed europea di diritto comune, ma si estendono ad altre esperienze, che in diversa misura hanno pure contato molto in questa fase di elaborazione di concetti 'senza il codice'.

Un ruolo centrale, che riceve adeguato risalto nel lavoro di Seminara, occupa senz'altro il pensiero di Romagnosi, al quale spetta il merito della fondamentale intuizione della necessità di atti esecutivi a configurare la nozione di tentativo e della prima elaborazione del secondo requisito strutturale, consistente nell'idoneità degli atti, come pure della configurazione autonoma del delitto mancato. Al di là del lessico utilizzato, sorge con il giurista emiliano una costante della tradizione italiana, che troverà riscontri anche nelle elaborazioni, pur non coincidenti, di altri grandi maestri del pensiero penalistico della stessa epoca, come Carmignani (con tutta la schiera dei suoi illustri e attivi commentatori, da Giuseppe Giuliani ai giuristi di area toscana) e naturalmente Francesco Carrara, che anche in questa materia funge da capitale spartiacque e da irrinunciabile polo di riferimento, anche europeo, capace di estendere l'influenza delle sue idee, come è noto, ben oltre l'Ottocento.

Tra la fine del Settecento e gli inizi dell'Ottocento, naturalmente, la penalistica deve fare i conti anche con le codificazioni, a cominciare dai due archetipi, austriaco e francese, e da quello che ormai la storiografia più aggiornata ha definitivamente individuato come un terzo modello, vale a dire quello italo-lombardo, nato nella creativa fucina della Lombardia austriaca e napoleonica, seppure, come risaputo, bloccato allo stadio della progettazione. Con piena cognizione di causa, anche Seminara tratta della formazione del Codice austriaco, del *Code pénal* e dei progetti italo-lombardi; ma la sua ricerca ha un raggio ancora più ampio estendendosi, in virtù del vasto orizzonte che egli ha voluto dare alla sua indagine, anche all'area tedesca (alquanto variegata, prima dello *Strafgesetzbuch* imperiale del 1871) e spagnola. Ne deriva un vasto affresco dell'universo giuridico ottocentesco (e novecentesco), che rende possibili oasi di sintesi, dove si possono rintracciare dei fili rossi comuni, insieme alle varianti.

L'immagine che deriva dall'esame dell'elaborazione scientifica del tentativo nell'Europa dell'Ottocento e del Novecento è quella della grande importanza della fase ottocentesca nella fondazione e nell'affinamento dei princìpi scientifici del tentativo, a cominciare dai pilastri dell'edificio, costituiti dai due requisiti degli atti esecutivi e idonei. Intorno alla caratterizzazione di queste due categorie del lessico pena-

listico fondamentali ancora oggi, l'elaborazione ottocentesca, infatti, ha dato vita a un grande laboratorio, che ha lasciato in eredità alle generazioni successive strumenti ed esperienze. È su questo terreno, come su quello della pena del delitto tentato, che dall'Ottocento in poi si sono scontrate grosso modo due scuole di pensiero (secondo una sommaria semplificazione che in realtà non corrisponde esattamente alla realtà storica, come lo stesso Seminara sostiene e dimostra in diversi punti del suo libro). Due concezioni in perenne dialettica, che hanno orientato il significato da attribuire ai due requisiti strutturali del tentativo. Come affermato anche da F. Angioni, « l'oggettivismo del pericolo e il soggettivismo della volontà sono i due grandi poli del tentativo » (*Un modello di tentativo per il codice penale*, in *La riforma,* cit., p. 107). L'ombra di questa grande dicotomia si è proiettata in modo differente sui due requisiti strutturali del tentativo.

La distinzione tra atti esecutivi e atti preparatori ha attraversato la storia italiana fin dai primi codici, trovando poi recezione quasi simbolica nell'art. 61 del Codice Zanardelli, e non ha cessato neanche oggi di costituire un punto fermo, benché il codice penale Rocco, come è ormai assodato, si muovesse lungo il crinale della sua soppressione. Sempre Angioni ha scritto che « tra l'ideazione del fatto e la sua consumazione c'è una zona grigia »; e a questo riguardo ancora persiste la « tradizionale e tuttora usuale divisione della zona grigia in due fasi con opposta efficacia: la fase c.d. preparatoria, (ancora) irrilevante, e la fase c.d. esecutiva, (ormai) rilevante » (*Un modello*, cit., p. 113). Il requisito degli atti esecutivi, tuttavia, si è prestato, com'è ben noto, ad essere formulato e interpretato in modi differenti. Anche coloro i quali si sono situati all'interno di una prospettiva oggettivistica non hanno sempre assunto visioni coincidenti. La principale distinzione è quella tra atti esecutivi in senso formale e in senso sostanziale. Si sa che caratteristica della prima angolatura (criterio formale-oggettivo) è quella di essere più aderente alla fattispecie legale tipica, esigendosi la realizzazione della condotta almeno in forma parziale, eventualmente con una estensione anche alle azioni previste come circostanze aggravanti.

Nella seconda ottica, invece, l'esecutività viene intesa in senso materiale, facendo riferimento a parametri configurati in modo vario (tra i quali possiede un valore speciale quello dell'univocità degli atti, ambivalente perché suscettibile di essere inteso anche in chiave probatoria di una volontà accertabile *aliunde*), e riconosce di per sé maggiore discrezionalità al giudice nella selezione delle condotte punibili a titolo di tentativo, potendosi estendere all'area degli atti pretipici: guadagna perciò in concretezza ciò che perde sul piano del principio di legalità (F. Palazzo, *Se e come riformare il tentativo*, in *La riforma*, cit., p. 217). Tutto sta però a intendersi intorno allo stadio oltre il quale non è

possibile risalire, se non si vuole allargare eccessivamente la sfera degli atti punibili a titolo di tentativo.

Una prima osservazione che si può svolgere, riguardo a questo problema, la possiamo mutuare dallo stesso Seminara: « la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi è immanente alla nozione di tentativo, mentre la proiezione della natura degli atti sul requisito della tipicità ovvero su quello dell'attuazione del piano criminoso rappresenta una sovrastruttura dogmatica che riempie i contenuti del tentativo punibile » (*Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in « Leg. pen. », 2002, p. 915). La distinzione, in altre parole, è ancora oggi avvertita come necessaria, razionalmente e scientificamente, anche se è solo un « punto di partenza e non di arrivo » (F. Angioni, *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, in « Leg. pen. », 2002, p. 911), poiché tutto dipende dal modo in cui si intende la nozione di atto esecutivo.

Viceversa, in primo luogo, « l'idoneità del tentativo costituisce un necessario requisito degli atti esecutivi, allo stesso modo di quelli formalmente pervenuti alla consumazione del reato, per un ordinamento che punisce i fatti umani solo in quanto lesivi degli interessi protetti; mentre al contrario essa trova spazi estremamente angusti nei sistemi ove il tentativo viene sanzionato in quanto manifestazione di una volontà colpevole » (Seminara, *Contro una configurabilità*, cit., p. 918; Id., *Il delitto tentato*, p. 333).

In seconda battuta, esso è « l'elemento che più di ogni altro è influenzato dal modello di diritto penale che regge l'ordinamento: oggettivistico o soggettivistico » (Angioni, *Un modello*, cit., p. 122). In altri termini, è soprattutto a questo riguardo (ma anche in relazione al problema del trattamento sanzionatorio) che assume decisiva importanza il fondamento della punibilità del tentativo, configurabile come incentrato sulla pericolosità della condotta (teorie oggettive), sull'attuazione della volontà criminosa dell'agente (teorie soggettive) ovvero su una combinazione di elementi oggettivi e soggettivi, come nelle teorie intermedie.

Sorge dunque il problema storico di capire in quali contesti siano sorte quelle teorie e quali siano i loro reali fondamenti. Da questo punto di vista, la ricerca di Seminara è condotta con encomiabile completezza e accuratezza. Completezza, perché per ciascuna area esaminata non trascura di prendere in esame in modo esauriente il pensiero dei penalisti, in un contesto allargato anche alle vicende giurisprudenziali e legislative. Accuratezza, perché, qualora un giurista abbia espresso le sue idee in più sedi, egli non trascura di considerare l'evoluzione del suo pensiero. Poiché il tentativo è uno dei luoghi penalistici che più ha sollecitato mutamenti d'opinione nei criminalisti di ogni epoca, l'aver

distinto con scrupolo tra le varie fasi di pensiero di ogni autore non può che essere salutato come un fattore positivo. Così avviene con Mittermaier, Jenull, Feuerbach, Carrara, Binding, Liszt e tutta la folta e intricata selva germanica, per non fare che qualche esempio. Ma la dote della precisione si lascia apprezzare anche sotto il profilo interpretativo, poiché Seminara, di fronte ad ogni dottrina, affronta il compito imprescindibile di darne una corretta qualificazione, andando a fondo delle sue ragioni sostanziali. Con il risultato di rendere la rappresentazione più complessa di quanto non sia sembrata finora, svelando incongruenze o ambiguità, intrecci e sovrapposizioni nei sostenitori dell'una o dell'altra corrente, con implicazioni rilevanti, nella ricostruzione del cammino delle idee sul nostro tema. Penso ad esempio alla svolta soggettivistica di metà Ottocento, che pervade non solo la Germania ma anche la Francia e l'Italia, e permette così di non ricondurre soltanto al positivismo le spinte repressive manifestate in quel torno di secolo. A cadere sotto una lente d'ingrandimento intelligente, con risultati originali che si offrono ad un ulteriore approfondimento storiografico, risulta il pensiero di non pochi aderenti alla scuola italiana. A parte le oscillazioni di Francesco Carrara, che erano già note e qui ricevono ulteriore conferma, il riferimento è ad esempio alle belle pagine su Mittermaier e von Liszt, o sulla controversa gestione dell'eredità carrariana negli epigoni della scuola italiana di fine Ottocento e ancora nei penalisti del primo Novecento non appartenenti alla scuola positiva.

La cospicua ricerca compiuta, tuttavia, non si prefigge solo di dare una risposta articolata a questo interrogativo, esaminando diacronicamente il problema in ciascuna delle aree prese in considerazione, secondo una sequenza articolata che rimanda a un polittico (sistema italiano, francese, tedesco, austriaco, spagnolo), costruito in tre tappe (primo Ottocento, secondo Ottocento e primo Novecento, fine millennio e primo decennio del 2000). Essa è anche molto attenta alle relazioni e interazioni che si creano, all'interno di ciascun sistema, tra scienza, legislazione e giurisprudenza (che in questa ricerca assume un rilievo opportunamente centrale, accanto al formante dottrinale), e in un orizzonte più vasto, nello spazio europeo, tra i diversi modelli e le diverse culture, offrendoci lo spaccato di un universo giuridico di mutuo scambio (in misura più o meno presente o accentuata a seconda degli autori e delle esperienze legislative). È questo respiro a costituire il cuore del libro. Solo la prospettiva storica e comparata, infatti, permette di cogliere rapporti, di instaurare confronti e, risalendo nel tempo, di individuare con maggiore cognizione di causa i momenti di continuità e le svolte innovative nella disciplina e nel pensiero giuridico sul tentativo. Non sarà possibile, in questa sede, discutere tutte le

proposte interpretative lanciate nel suo saggio. Presenterò invece alcune valutazioni, partendo, come ad uno storico compete, dai testi, disposti secondo un itinerario che 'doppia', per così dire, quello disegnato con mano sicura da Seminara.

2. *Peculiarità delle vicende italiane nell'Ottocento. Milano.*

Già nel diritto penale dell'Ottocento il tentativo è stato campo di scontro tra opposte concezioni. Se una specificità è possibile rintracciare nelle vicende italiane preunitarie, mi sembra che essa vada individuata nella tensione oggettiva delle varie impalcature concettuali e nella capacità della dottrina di elaborare e difendere una serie di princìpi razionali, sottratti alla libera disponibilità del legislatore. In fondo, è stata anche questa convinzione a guidare la mano dei primi codificatori del diritto penale nelle esperienze italiane di inizio secolo. È noto che negli 'archetipi' francese e austriaco, la formula del principio di esecuzione, alla quale era demandato di indicare l'inizio della soglia di punibilità, non era nata con l'intento di distinguere gli atti preparatori dagli atti esecutivi. Credo che questo punto meriti, in una ricostruzione storica, di rimanere fortemente sottolineato. Diversamente in Italia. I progetti italo-lombardi sono testimoni infatti di un approccio alternativo, oggettivo e più equilibrato rispetto a quei modelli (il 'doppio sguardo' di cui parla R. Isotton nel suo volume, p. 369). Il distacco si produce non tanto nel progetto del 1791-92, quanto nel progetto Luosi del 1801 (dove fa il suo ingresso il criterio del principio di esecuzione) e nel progetto del 1806, che recupera il tradizionale parametro dell'*actus proximus*, che tuttavia, come è stato scritto, « non viene qui evocato a designare una delle diverse fasi della condotta punibile, bensì il solo segmento dell'*iter criminis* penalmente rilevante » (*Crimen in itinere,* cit., p. 376). La formula lombarda del 1806 sarà accolta nelle leggi napoletane del 1808. Prosegue su questa linea anche il Progetto del 1809, che torna al criterio del principio di esecuzione. Il significato attribuito a questa regola, come chiarito dagli artefici, era oggettivo e non intendeva coprire la fase degli atti remoti. Il responsabile primo dell'opera legislativa, Giuseppe Luosi, pensava infatti che l'attentato si componesse di tre gradi — disegno (*nuda cogitatio*); atto esterno lontano; atto esterno sommamente vicino all'effettuazione del delitto — e che il secondo grado non rappresentasse ancora « una diretta offesa a quel diritto che ognuno ha di godere tranquillamente dei proprii diritti » (p. 36). Il canone del principio di esecuzione non aveva quindi il medesimo significato assunto nel codice francese.

Altro segno particolare del progetto lombardo 1806 è l'art. 439, che punisce « chi, avendo in animo di commettere omicidio usa per

errore di un mezzo non idoneo alla consumazione del delitto » con la pena della casa di correzione non minore di un anno. Il legislatore, nell'esporre i motivi di questa scelta, dichiara che chi usa uno strumento assolutamente inidoneo a commettere un delitto (fucile scarico, bevanda non venefica) non commette propriamente attentato « perché è impossibile per legge fisica che a quest'attentato corrisponda il premeditato effetto »: « in tale ipotesi la volontà di delinquere è manifestata, ma l'atto estrinseco non può dare al delitto quel principio di esecuzione, che costituisce la vera idea dell'attentato » (p. 30). Non siamo ancora alla traduzione in precetto del requisito dell'idoneità, che contraddistingue invece il Progetto Sostituito di Romagnosi (art. 42: « Chiunque, dopo aver deliberato di commettere un fatto criminoso incomincia con atti esterni valevoli ad effettuarlo a dare esecuzione al disegno suo [...] »), per altri versi dotato di coefficienti inferiori di oggettività. Eppure, ha ragione Seminara (p. 31) ad osservare che « la modernità e la lucidità dell'intuizione suscitano stupore. In sostanza, gli estensori del Progetto sono consapevoli che il caso preso in esame è estraneo alla materia del tentativo, in quanto il concetto di esecuzione postula l'idoneità dell'atto o del mezzo come presupposto della dannosità della condotta ». Ciò nonostante, l'eccezione viene giustificata: « perché l'intenzione di uccidere fu dimostrata coll'atto, e perché la società ha un giusto motivo di temere che altra volta questa appalesata disposizione a commettere il delitto, non sia con uno strumento idoneo verificata. Ha perciò la Società stessa un vero diritto di usare delle precauzioni di pena correzionale, le quali sono in ultima analisi altrettanti mezzi di difesa diretta ». Il progetto si presenta quindi al principio del percorso che condurrà al controverso art. 536 del cod. sardo (« Chi, avendo in animo di commettere un omicidio, si procura i mezzi necessarii ed adatti per consumarlo, ma o per errore, o per non previsto accidente, o per opera altrui, usa poi di mezzi non idonei alla consumazione del medesimo, sarà punito colla reclusione od anche co' lavori forzati a tempo, secondo le circostanze »), poi ripreso da altri codici preunitari.

Infine, i progetti lombardi affermano la distanza tra delitto tentato e delitto consumato nella pena, fin dal 1791, rendendo norma il pensiero di Beccaria e di Risi (Cavanna). Scelta che, per aver voluto riconfermare la propria fiducia nella tradizione italiana, assunse anche il sapore di una rivendicazione di autonomia rispetto al legislatore francese. Da qui la regola attenuativa passerà nei codici della Restaurazione e otterrà il plauso della criminalistica preunitaria, che non esiterà a criticare il codice francese.

3. *Napoli.*

Il progetto milanese del 1806 influisce sulla redazione delle leggi napoletane del 1808 e del c.p. 1819. In questo contesto, la formula « atti esteriori prossimi all'esecuzione » è intesa in senso ancor più restrittivo, come equivalente al criterio dell'azione tipica. Un approccio che testimonia legami culturali con i commentatori (e i giudici) francesi i quali, nel primo Ottocento, avevano proposto un'interpretazione oggettiva del principio di esecuzione, identificandolo nell'inizio dell'azione tipica. È significativo comunque che anche la dottrina meridionale, malgrado le sue forti radici transalpine, prenda le distanze dal *Code pénal* e conservi una propria spiccata autonomia. Santo Roberti, ad esempio, loda la scelta del codice patrio, spiegando che « quando i soli atti prossimi alla esecuzione cioè al compimento, o consumazione del reato son capaci a costituir tentativo, era affatto inutile il ritenere l'espressioni cominciamento di esecuzione per istabilir la nozione del tentativo mentre nella generalità del significato potevano comprendere anche gli atti meramente preparatorj » (*Corso completo del Diritto Penale del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1833, n. 777, p. 74). Se la dottrina del Regno delle Due Sicilie, peraltro, si presenta così rigorosa nel discernere gli atti esecutivi da quelli preparatori, è anche perché intende continuare a mantenersi nel solco della tradizione meridionale, quale esposta ad esempio da Nicolini; vi si atterrà anche Enrico Pessina, escludendo il conato remoto dall'area della punibilità. Secondo questa impostazione, al di là della terminologia adoperata, l'incriminazione è riservata ai soli atti prossimi alla consumazione, e questi si identificano sostanzialmente con gli atti parzialmente tipici. Il solo F.S. Arabia si distacca da siffatta concezione formale degli atti prossimi per accedere a una nozione materiale-oggettiva, che ricalca illustri modelli germanici nel frattempo comparsi sulla scena (Mittermaier, Zachariae).

Un secondo aspetto rilevante della penalistica meridionale risiede nell'accento posto sull'idoneità. Benché il codice penale non contenga indicazioni specifiche in merito, la dottrina napoletana, citando Gian Domenico Romagnosi e Pellegrino Rossi, esclude che si possa parlare di atti esecutivi quando è impossibile che l'evento si verifichi perché l'agente ha fatto uso di mezzi assolutamente inidonei (ad es., un fucile scarico) o quando l'oggetto è inesistente (senza distinguere tra inesistenza e assenza accidentale). Nel valutare questo requisito, anzi, la scienza del Regno manifesta una tendenza all'accertamento della pericolosità concreta dell'atto e quindi a restringere la sfera della punibilità, che può far pensare a una sorta di giudizio di idoneità su base totale *ante litteram*. Se ciò è eccessivo (come riconosce anche Seminara), il fenomeno è comunque indice di una nozione più ampia di impossibilità

assoluta per cause naturali, che attrae nella sua orbita anche ipotesi in altre impostazioni gravitanti nella sfera dell'impossibilità relativa.

Un terzo elemento distintivo della scienza giuridica napoletana rispetto a quella francese è la veemenza con la quale essa si scaglia contro il principio francese della equivalenza sanzionatoria. Basta leggere Nicolini: « Nulla è più secco, né più rapido, né più leggero, quanto il ragionamento che di questa mal presa regola si dà ne' motivi e rapporti che accompagnano il codice: vi si parla di massima sì atroce, come d'un vero primo, che non dimostrato è per sé noto » (*Del tentativo e della complicità ne' reati*, Livorno, 1853, p. 31).

Non stupisce dunque che, in tale ambiente, sia potuta germogliare l'avversione al citato art. 536 del codice sardo-piemontese del 1859, portatore di un'eccezione molto contestata al requisito dell'idoneità in materia di omicidio (che non a caso sarà abrogata dal decreto 17 febbraio 1861), e sia nata la necessità di modificare in parte anche l'art. 96 del predetto codice, contenente la definizione di tentativo di crimine o di delitto, sostituendo, per le province napoletane, alla formula del « principio di esecuzione » l'espressione, ancora più oggettiva, « atti di esecuzione ».

4. *Toscana.*

Anche in Toscana la dottrina segue un approccio oggettivo, ma secondo un percorso in parte differente, in un contesto in cui si mescolano diverse culture e si tiene conto dei recenti sviluppi della penalistica germanica. Così il sapiente artefice del codice penale del 1853, Francesco Antonio Mori, ispirandosi a Mittermaier, nell'illustrare l'art. 43 del codice penale (« Gli atti esecutivi di un delitto doloso, che non giungono a consumarlo, sono tentativi di esso »), distingue tre intervalli nell'*iter criminis* e sostiene che solo nel terzo, che è « quello, in cui l'agente, già risoluto e provveduto, applica i mezzi preparati all'esecuzion del delitto, o almeno si colloca in quella posizione, in cui può meglio intraprendere ad applicarli [...] veramente ha principio il delitto, ossia il tentativo punibile » (*Teorica del codice penale toscano*, Firenze, 1854, p. 70). La soglia di punibilità è dunque disposta più indietro rispetto a quanto avviene nell'esperienza napoletana. L'influenza di un pensatore del calibro di Giovanni Carmignani, inoltre, fa sì che altri esponenti della dottrina determinino il principio di esecuzione in base al criterio dell'univocità, distinguendo tra atti preparatori, conato remoto e conato prossimo, e attraendo nell'orbita della punibilità (seppure in grado inferiore) anche gli atti remoti. Il riferimento è a Giuseppe Puccioni, che, come già ne *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti, del diritto e della giurisprudenza*, v. II (Pistoia,

1855), anche nel *Saggio di diritto penale teorico-pratico* (Firenze, 1858) distingue tra conato remoto e prossimo alla consumazione e afferma che « alcuni autori di molto senno insegnano, ed il Codice penale delle Due Sicilie ha seguita la loro opinione, che il conato remoto non meriti punizione; ma il maggior numero di scrittori, e con essi le legislazioni moderne, sostengono esser degno di repressione l'uno e l'altro, non con ugual misura, ma minore per il primo, maggiore per il secondo, sempre peraltro al di sotto del delitto consumato » (p. 80).

Anche nella Toscana della Restaurazione, tuttavia, la dottrina richiede, come secondo requisito del tentativo, la realizzazione di atti idonei, sviluppando le categorie di Giovanni Carmignani in un'ottica ancora più attenta ad escludere la punibilità di atti concretamente non pericolosi (in simbiosi con la dottrina meridionale).

I giuristi toscani, dunque, tengono separati i due piani del diritto positivo e dei princìpi della scienza, e muniti di questa bussola misurano la razionalità dei codici moderni, non risparmiando le critiche a quei legislatori che si siano allontanati dal giusto cammino della scienza. Già nel commentario al Codice, ad esempio, Puccioni riconosce che la definizione di conato del *Code pénal* « è degna di elogio là dove esclude nel tentativo l'atto interno e gli atti preparatorii... ma è imperfetta, o almeno lascia a desiderare maggior precisione, là dove tace sulla idoneità degli atti costituenti il tentativo... a tal che, se la scienza con i suoi precetti non soccorresse i giudici chiamati ad applicare la legge, si correrebbe il pericolo di dichiarare imputabili, come tentativo, atti di per se stessi incapaci di condurre alla violazione della legge penale » (p. 34). E il magistrato senese continua attaccando il codice francese, perché punisce il tenta tivo alla pari del delitto consumato: « errore » nel quale nessun codice italiano è invece incorso.

5. *Francia.*

Nella storia italiana si può dunque rintracciare il filo rosso di una tradizione, precocemente attestata intorno a una concezione oggettiva del tentativo che, pur se variamente declinata, deriva dalla scienza e dirige l'interpretazione dei codici penali.

Lo stesso fenomeno si può riscontrare anche Oltralpe, e contribuisce a ridurre le distanze tra coloro i quali optano per una concezione oggettiva nella prima metà dell'Ottocento, malgrado i diversi percorsi e i differenti riferimenti codicistici.

In Francia, infatti, la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi non rientra nelle mire originarie del legislatore francese e ancora per buona parte del 1813 la giurisprudenza della Cassazione adotta una concezione soggettiva e poco garantistica di atto esecutivo. Ma a partire

dal 1813 avviene una svolta (anticipata dalla giurisprudenza di merito): l'inizio dell'esecuzione si identifica con la realizzazione almeno parziale dell'azione tipica (nel furto, quindi, con l'apertura dell'armadio e non con la scalata e l'effrazione). La teoria dell'azione tipica o teoria formale-oggettiva del tentativo trova inoltre riscontro, ad esempio, nelle pagine di commentatori come Carnot (1823), Boitard (1835), Chauveau-Hélie (1836). Solo in una successiva evoluzione si fa strada in dottrina la concezione materiale-oggettiva. Si rivela in questo ambito fondamentale, come bene intuito da Seminara, il *Traité de droit pénal* di Pellegrino Rossi (Paris 1829), pensatore geniale nel quale troviamo non solo riaffermata la linea di demarcazione tra atti preparatori e atti esecutivi, che viene difesa come ineliminabile dalla teoria del tentativo, ma anche abbozzata una deviazione dalla rigida concezione formale degli atti esecutivi, che apre, per così dire, agli atti pretipici. Lo stesso intellettuale, inoltre, si ritaglia una posizione centrale anche nell'escludere dalla sfera degli atti esecutivi le azioni che mirano a eventi assolutamente impossibili da realizzare secondo le leggi naturali. È la distinzione tra impossibilità assoluta e relativa, che in questo modo trova un'altra delle sue più autorevoli enunciazioni. Come nota Seminara (p. 333), P. Rossi, al pari di Zachariae in Germania e altri in Italia, ritiene che il concetto di esecuzione comprenda quello di idoneità (non si può eseguire un fatto impossibile) e procede quindi all'accertamento congiunto di esecutività e idoneità. Anche la giustificazione della differenza tra le due ipotesi è paradigmatica e farà scuola: quando vi è impossibilità assoluta mancano sia il pericolo sia il danno per la società; punire solo la perversità dell'agente significherebbe superare i confini della giustizia penale. Altro è a dirsi quando l'impossibilità di esecuzione è solo relativa, per circostanze fortuite o indipendenti dalla volontà dell'autore: in tal caso la punibilità non deve essere esclusa, perché un pericolo per la società sussiste, anche se questo non è concreto, ma collegato all'allarme sociale. Così ragionando, tuttavia, la dottrina paga il suo tributo a un impianto soggettivistico.

La dottrina francese, sempre attenta all'evoluzione giurisprudenziale, non manca tuttavia, a metà Ottocento, di accorgersi di tendenze che contribuiscono a rendere instabile la prassi giudiziaria e a mettere in crisi il sistema di princìpi fino a quel momento seguito, riguardo al tentativo di delitto impossibile o con mezzi assolutamente inidonei. Il riferimento è, tra gli altri, al famoso caso Laurent Lacroix, deciso dalla Corte di Agen nel 1849, relativo a un padre punito di tentato omicidio volontario per aver puntato contro il figlio un fucile precedentemente scaricato dalla vittima (ne fornirà un agile resoconto Antoine Blanche, avvocato generale alla Corte di Cassazione, nei suoi *Études pratiques sur le Code pénal*, Paris, 1861, p. 8 e ss.).

Dopo la metà del secolo, tuttavia, in Francia, la trattazione di Joseph Louis E. Ortolan (*Éléments de droit pénal*, Paris, 1855) ha il merito di riassumere i cardini della teoria oggettiva, in una sintesi di stringente dialettica: necessità dell'elemento soggettivo e oggettivo per punire il tentativo; concezione materiale-oggettiva dell'inizio di esecuzione; distinzione tra inidoneità dei mezzi e dell'oggetto, con esclusione della punibilità del solo tentativo assolutamente inidoneo (effetto della separazione tra giustizia umana e assoluta: il diritto penale infatti non punisce la sola intenzione; anche se non sono escluse misure di prevenzione); forti obiezioni alla parificazione di pena. A proposito di questo ultimo problema, peraltro, la critica era già presente da tempo nei libri dei penalisti francesi, che fecero ricorso a quegli stessi princìpi di ragione ai quali, come dice Seminara, altrove venivano subordinate le norme positive. Se si tolgono quindi alcune prese di posizione soggettivistiche iniziali, la tendenza si era già manifestata, con Carnot (1825), Boitard (1835), Chauveau-Hélie (1836), Trébutien (1854).

6. *Germania.*

Un'evoluzione diversa avviene in Germania, dove i maggiori penalisti del primo Ottocento (Grolman, Kleinschrod, Tittmann, Feuerbach) considerano ancora punibili gli atti preparatori e il tentativo assolutamente inidoneo.

La prima espressione della concezione oggettiva degli atti esecutivi e della non punibilità degli atti preparatori si deve al multiforme ingegno di K.A.J. Mittermaier, che già nei *Beiträge* del 1816 dichiara il suo distacco dalle concezioni soggettive allora in auge individuando il fondamento della punibilità del conato non nella mera « malvagia intenzione », ma nella « violazione di legge ». Se tale è il principio per cui si punisce — la c.d. « essenza di fatto del conato » — ne deriva che bisogna guardare non solo all'intenzione dell'agente, ma anche alla « qualità della sua azione » e che « nel conato di un determinato delitto si debbono presentare tutti quei caratteri, che la legge richiede per la essenza di fatto del delitto pigliato di mira » (p. 232; le citazioni sono tratte dalla traduzione italiana del saggio, incluso nella raccolta *Scritti germanici di diritto criminale*, I, Livorno, 1846, che ne agevolò la diffusione nell'Italia della Restaurazione).

L'idea troverà ulteriore svolgimento nel 1818, nello scritto dedicato a determinare il punto dal quale il conato comincia ad essere punibile. Sette sono gli intervalli della serie che dal pensiero di delinquere conducono al termine dell'azione delittuosa, riducibili a tre: ma solo nel terzo comincia il tentativo. La risoluzione criminosa e successivamente l'acquisto degli strumenti e i preparativi del delitto non sono

ancora violazione della legge. « Il tentativo di un delitto principia ad esser punibile, quando l'agente intraprende quelle azioni, che sono dirette all'applicazione dei mezzi, destinati ad eseguire il deliberato delitto: mediante le quali egli 1) o incomincia soltanto a servirsi effettivamente de' medesimi, o 2) si colloca in quella posizione, in cui può meglio cavar profitto da essi per terminare il delitto, o per intraprendere l'atto principale, che lo constituisce » (p. 256). Ecco la formula alla quale Mittermaier consegna l'enunciazione della sua teoria materiale-oggettiva, e che egli correda di esemplificazioni: appostarsi nel luogo scelto per commettere l'omicidio con la pistola carica, appoggiare la scala a una casa con gli strumenti per compiere un furto, ammassare accanto ad una capanna materie combustibili.

Nel 1820, in un altro importante saggio, Mittermaier applica la sua tesi a quella dei gradi del tentativo. In realtà, egli non è favorevole a una legislazione che predetermini i gradi del tentativo: « una legislazione, che stima i suoi giudici, non vuole, incalzando con ansiosa diffidenza il loro potere, sempre antipensare, e loro proibire l'uso dell'intelletto » (p. 274) e cita Jenull a proposito del Codice austriaco (« la graduazione rimane infeconda per una legislazione, che non voglia degenerare in casistica »). Se proprio si volesse distinguere, tuttavia, i gradi punibili dovrebbero essere due, prossimo e remoto, con esclusione degli atti preparatori, e si potrebbero applicare solo ai delitti frazionabili in diverse operazioni. In questa versione, conato prossimo è l'inizio dell'atto principale (tirare, ferire, avvelenare nell'omicidio; porre le mani sulla cosa nel furto); conato remoto l'inizio di un'azione « che apparisce come principio dell'effettivo eseguimento di un delitto, la quale è per sé incapace ad effettuarlo, ma che immediatamente precede l'atto principale » (attendere al varco la vittima armati di pistola carica nell'omicidio; mischiare il veleno alle vivande nel veneficio). H.A. Zachariae, sulla stessa scia, sarà ancora più restrittivo, ammettendo la punibilità solo delle condotte di impiego dei mezzi e delle azioni tipiche (o pretipiche come effrazione e scalata nel furto), con esclusione degli atti di avvicinamento al luogo del reato. Ma anche Mittermaier nel 1859 ritoccherà in senso più riduttivo la propria concezione di tentativo punibile. Vero è dunque, come osserva esattamente Seminara (p. 321), che « se in Francia il passaggio dalla prospettiva formale a quella materiale avviene a causa della rigidità della prima, al contrario in Germania e in Austria viene accolta fin dall'inizio la teoria materiale-oggettiva ».

Quanto al tentativo con mezzi inidonei, un cambiamento di rotta si registra già con P.J.A. Feuerbach, anche se non da subito, ma dalla quarta ed. del *Lehrbuch* (1808). Fondatamente, perciò, Seminara ascrive al giurista bavarese la « più vigorosa reazione al soggettivismo allora

dilagante, nella quale per la prima volta, nella penalistica tedesca, trova espressione la concezione oggettiva del tentativo » (p. 237). Benché Feuerbach non sviluppi il requisito della pericolosità dell'azione, né sia per altri aspetti coerente (accogliendo la punibilità degli atti preparatori), l'equivalenza tra tentativo con mezzi assolutamente inidonei, su oggetto inesistente e tentativo superstizioso, nel pianeta germanico, acquista per suo merito notevole risonanza.

Oggettivista sarà poi Mittermaier, anche se la sua dottrina del tentativo inidoneo non è armonica, né lineare nel tempo. La ragione è quella acutamente indicata da Seminara: Mittermaier infatti, già nei Beiträge del 1816, imposta il problema dell'idoneità in chiave di tipicità. L'inidoneità dell'oggetto (tentare di rubare un cosa propria, uccidere una persona già deceduta) e l'assoluta inidoneità dei mezzi (usare zucchero al posto del veleno o fare scongiuri propiziatori della morte di qualcuno), in altre parole, fanno venir meno la fattispecie legale e quindi non consentono la punizione del tentativo in una prospettiva che assuma la violazione di legge a fondamento della pena.

Mittermaier però distingue tra mezzi assolutamente inidonei e mezzi insufficienti, cioè in sé idonei ma che in concreto non producono l'evento per effetto di varie circostanze, e per questi ultimi ritiene che non vi siano ostacoli alla punibilità, accettando la sua teoria. Di conseguenza, la sua sistemazione, se offre una soluzione realmente oggettiva nell'ipotesi in cui i mezzi restino inadeguati per tutto l'*iter* della condotta, offre il destro di affermare la punibilità anche nei casi in cui il mezzo, inizialmente idoneo, diventi successivamente inadeguato in concreto (il veleno viene mescolato a una sostanza che lo neutralizza, il combustibile viene posto in un recipiente pieno d'acqua). Per Mittermaier, anche in queste ipotesi si realizza la fattispecie tipica e quindi l'agente dovrebbe essere punito per tentato veneficio o tentato incendio. È evidente dunque che egli, così ragionando, slitta verso una prospettiva soggettivistica e attua una « commistione tra il profilo del fatto e la criminosità dell'agente » (p. 245). È una strada che lo stesso criminalista percorrerà con maggior decisione nel 1820, in un saggio nel quale afferma che chi mescola inconsapevolmente zucchero al posto del veleno ha inizato ad eseguire il reato, a differenza di chi usa mezzi simpatetici o scongiuri. La distanza rispetto alle teorie soggettive in questo modo si è azzerata. Anche nel 1829 egli scriverà: « chi sceglie un mezzo idoneo in astratto, il quale solo in concreto non conduce all'evento progettato, si trova ciò malgrado nell'inizio dell'esecuzione del reato, esistendo il requisito che appartiene alla fattispecie di esso » (p. 246). E nello stesso contributo arriva a ritenere punibile (almeno in certi casi e comunque con una pena più mite) anche l'autore di un tentativo con mezzi assolutamente inidonei, guardando al pericolo

sociale di certe condotte. Un patente *vulnus* alla concezione oggettiva, anche se in altri scritti posteriori Mittermaier sembra voler ritornare alle posizioni iniziali. Così nel 1859: Seminara (p. 249), suggerisce che questo riallineamento a se stesso e a Feuerbach potrebbe essere stato causato dalla « crescente diffusione della concezione soggettiva in seno alla dottrina tedesca ».

In altri autori, viceversa la concezione oggettiva del tentativo, implicante la non punibilità del tentativo assolutamente inidoneo, si presenta attestata senza incertezze; così in particolare per Zachariae chi si serve di zucchero al posto di veleno non merita alcuna pena: « si punisce solo la volontà criminosa, infrangendo così un principio assoluto e generalmente riconosciuto del diritto penale, che verrebbe privato di ogni confine giuridico. Una condotta che, in base alla sua natura, non può mai raggiungere lo scopo perseguito, è solo soggettivamente pericolosa. Ad essa possono opporsi le leggi di polizia, ma non rientra nell'ambito del diritto penale » (p. 251). La chiosa di Seminara, riferita anche a Heffter e ad altri, cade dunque a pennello: « le più compiute elaborazioni della concezione oggettiva del tentativo all'interno della dottrina tedesca della prima metà del secolo XIX », anche se esse non producono l'effetto « dirompente » avuto in Italia e in Francia (p. 252).

7. *Austria.*

Anche la cultura austriaca pullula di figure interessanti, che rivivono attraverso la penna di Seminara. Ancora Sebastian Jenull ritiene punibili tutti gli stadi del tentativo, in base a una concezione soggettiva che li frammenta in tentativo estremamente remoto, remoto, prossimo e più che prossimo, in aderenza, del resto, all'originaria ottica soggettivistica del codice austriaco del 1803. Anche in area asburgica, tuttavia, farà breccia la concezione oggettiva degli atti esecutivi, ripresa da Mittermaier (Carl Joseph Pratobevera, Joseph Kitka).

Più precoce invece è la distinzione tra impossibilità assoluta e relativa, edificata anche sulla base dello spunto offerto dal § 7 del codice asburgico del 1803 (« Il solo attentato d'un fatto criminoso costituisce già il delitto, tosto che il mal intenzionato intraprende un'azione tendente all'effettiva esecuzione del medesimo »), quasi a compensare il suo originario deficit oggettivo. La distinzione dottrinale, introdotta da Jenull nel 1808 e successivamente limata, non era tuttavia immune anch'essa da note soggettivistiche. A confermare questo assunto, che è un vero *Leitmotiv* del libro in oggetto, accanto ad altre estensioni della punibilità, valga far mente all'ulteriore distinzione operata tra tentativo su oggetto inesistente (non punibile) e accidentalmente assente (punibile). Con l'avvertenza, ripetuta più volte da Seminara, che quando

« l'impunità del tentativo inidoneo si congiunga ad un'anticipazione del momento di inizio dell'attività punibile, esteso al conato c.d. remoto » si crea una contraddizione, « poiché la dilatazione degli atti di tentativo punibile vanifica la ricerca di un loro potenziale legame causale rispetto all'evento, bloccando il giudizio sull'idoneità (sia dei mezzi che dell'oggetto) a una fase in cui essa difficilmente ha modo di manifestarsi » (p. 337; v. anche p. 314). Successivamente, dopo Pratobevera, Kitka sarà ancor più preciso nell'escludere la punibilità di un tentativo realizzato con mezzi assolutamente inidonei in astratto in base alle leggi di natura e nell'ammettere invece quello con mezzi insufficienti (nella quantità), mezzi erroneamente utilizzati (veleno mescolato ad altre sostanze neutralizzanti), mezzi erroneamente scelti (scala troppo corta). Egli invece, su influenza di Mittermaier, non farà più distinzione tra inesistenza e assenza accidentale dell'oggetto, ai fini della punibilità dell'agente. Così pure inclineranno anche Anton Hye e Nicolò Foramiti: si tornerà indietro all'originaria prospettazione (nel frattempo abbracciata anche da altri giuristi in Europa) con Frühwald.

8. *Francesco Carrara: un gigante dai piedi d'argilla?*

Come inserire nel panorama europeo la posizione di Francesco Carrara? La sua figura si rivela centrale anche nella teorica del tentativo, da lui coltivata lungo tutto l'arco della sua carriera scientifica. Oggetto di ripensamenti, integrazioni e precisazioni, che furono scambiate e liquidate da avversari (ma anche da appartenenti alla medesima cultura) per contraddizioni e sottigliezze, mentre erano fasi di un pensiero in continua elaborazione.

Carrara — afferma Seminara (p. 92) — apre uno scenario in parte antico (sul versante dell'univocità) e in parte nuovo (su quello dell'idoneità).

Per il Maestro lucchese, innanzitutto, è ineludibile la distinzione tra atti preparatori, esecutivi e consumativi. Già siffatta dottrina, motivo di polemica con i criminalisti francesi, presenta delle differenze rispetto al panorama italiano ed europeo, che la ricerca di Seminara consente ora di cogliere con maggiore evidenza. Egli ha infatti ragione a notare (p. 78) che « la conseguente affermazione, presentata come immutabile regola scientifica, che il primo grado di punibilità del tentativo risiede nel conato remoto si risolve pertanto nel disconoscimento dei profili garantistici già individuati da Luosi nella Relazione al Progetto per il Regno d'Italia del 1810 e poi recepiti dai giuristi napoletani e, fuori d'Italia, faticosamente ricercati dai penalisti francesi, austriaci e da una parte di quelli tedeschi ».

Come distinguere gli atti preparatori da quelli esecutivi e consumativi? Nessun dubbio che gli atti preparatori non debbano essere

puniti. Carrara lo ribadisce anche nel discorso intitolato *Atti preparatorii* (15 aprile 1881), poi compreso nella bellissima silloge *Reminiscenze di cattedra e foro*, dove proclama che « il precetto che gli *atti preparatorii non possano mai costituire un tentativo punibile* a carico dello agente che li preparava per un fine criminoso, è una verità *assoluta*, e quindi merita a buon diritto il nome di *principio scientifico* » e che « uno dei principii assoluti di ragione penale sul quale adagiasi quella regola, si è questo che MAI possa l'autorità sociale dichiarare delitto, e come tale sottoporlo a *pena*, un fatto qualunque dei cittadini che non sia *lesivo di altrui diritti* » (cito dall'ed. Bologna, 2007, p. 228).

Il problema è quello, tormentatissimo, della definizione del punto in cui si passa dalla preparazione all'esecuzione di un delitto e dall'esecuzione alla consumazione o, con altro linguaggio, dal conato remoto al prossimo. È noto che l'opera di Carrara contiene spunti non coincidenti a tal riguardo, espressione di un pensiero in continuo divenire. Accontentiamoci in questa sede di fermare l'attenzione solo su alcune affermazioni.

Un punto di partenza lo possiamo rinvenire nella famosa metafora del viaggio, che troviamo ad esempio esposta nelle *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1863[5]: « L'esecuzione di un reato è un *viaggio* che fa il malvagio verso la violazione della legge » (p. 92). Secondo il Carrara di questo periodo e di quest'opera, il criterio da utilizzare per distinguere gli atti preparatori da quelli esecutivi e consumativi è quello dell'univocità della loro direzione ad un atto criminoso (la dipendenza da Carmignani è esplicitamente ammessa); esso anzi è « l'unico criterio che la scienza possa somministrare alla pratica, per discernere gli atti *preparatorii* dal *tentativo* » (*ibidem*). Il « punto di passaggio dal conato remoto al conato prossimo », che Carrara ritiene sia compito della scienza determinare e che non convenga lasciare « in balìa del modo di sentire dei magistrati », avviene invece « quando l'agente, recatosi sul campo destinato all'azione, è alla *presenza* dell'uomo o della cosa su cui deve *consumarsi* il delitto » (p. 94). Finché l'agente compie atti che cadono sul soggetto passivo (persone o cose) dell'attentato (il lessico è quello di Carmignani) e non ancora sul soggetto passivo (persone o cose) della consumazione si resta nell'orbita del conato remoto. Un esempio può servire a chiarire il ragionamento: « Così il cuoco che acquista e macera la sostanza venefica, farà un atto meramente *preparatorio* del veneficio: quando la getta nel pentolo della mia minestra, entra nella via dell'esecuzione, e così dell'*attentato*; ma è sempre nel tentativo *remoto*. Quando viene a pormi in tavola la minestra, è allora soltanto che diviene responsabile di un attentato *prossimo* » (p. 95; v. anche § 1182, *Programma del corso di diritto criminale*, *Parte speciale*, I).

Questo è il tronco dal quale si diparte l'albero successivamente nato dai semi gettati o, se si preferisce, tali sono le fondamenta della dottrina di Carrara. È da segnalare, come è già stato fatto da altri e come anche Seminara ribadisce, che in questo tempo Carrara non richiede che per punire un'azione a titolo di conato debba risultare a quale delitto specifico si dirigevano gli atti esecutivi posti in essere dall'agente: « ma tostoché è certo che ad *un delitto* si dirigevano, si ha un *conato.* Non è questione dell'*essere*, ma del *conoscersi.* E la incertezza fra più delitti possibilmente conseguibili per tali atti, si risolve con la regola che fa prevalere la supposizione più mite » (p. 92).

Carrara stesso, in una lettera a Lodovico Bosellini del 1866, poi pubblicata negli *Opuscoli di diritto criminale*, v. III (*Veneficio*) spiega che la sua nozione di atto prossimo, proprio perché non coincide con la vicinanza all'ultimo atto consumativo, ma con la vicinanza al diritto aggredito, permette di uscire dal « labirinto » che « aveva condotto il Carmignani a concludere non essere delimitabile con una formula il conato remoto dal prossimo ». La vicinanza maggiore o minore all'atto ultimo, infatti, rimane variabile e arbitraria secondo il modo di sentire del giudicante — qui Carrara si serve di un esempio: come si fa a stabilire quando uno è prossimo a Modena? a trecento passi dalle mura, a duecento passi o a cento passi? « E in tal guisa riproducendo sotto altra forma il celebre sillogismo iperbolico di Genovesi si giunge a dimostrare che chi si trova a due passi da Modena non è ancor prossimo a Modena » (Prato, 1878, p. 176) — mentre la vicinanza maggiore o minore al soggetto passivo della consumazione o la vicinanza al diritto aggredito « è un dato positivo, un pronunciato indipendente da qualunque divergenza di sentimento ». La formula si accorda inoltre, e da qui deriva la sua giustizia, con la ragione fondamentale di punire il conato che sta nel « pericolo corso dal diritto »: « non potrà mai dirsi che il diritto abbia corso pericolo prossimo finchè l'azione non cadeva sopra la cosa o persona nella quale era inerente il diritto con la lesione del quale doveva consumarsi il malefizio » (p. 178).

L'univocità finisce per coincidere ancor più chiaramente con la violazione di un diritto altrui nella *Sinopsi del conato* (1878), dove Carrara, avvalendosi di definizioni ed esempi, spiega con maggior precisione la sua proposta: « Sono atti *esecutivi* quelli che cadono sul *soggetto passivo dello attentato* senza portare l'azione loro sul soggetto passivo della *consumazione* [...]. Soggetto passivo dello attentato sono tutte quelle cose o persone sulle quali si estrinseca un qualsiasi *diritto di terzi*, ma non quel diritto la violazione del quale deve formare l'*obiettivo* del reato quando raggiunga la sua perfezione [...]. È soggetto passivo della *consumazione* la *cosa* o *persona* alla quale si connette il diritto che il reo intende aggredire come *fine* della propria malvagità; e che

costituirà l'*obietto* del delitto principale che vuolsi consumare » (riprodotta in *Reminiscenze*, cit., p. 185 e ss.). Quanto al trattamento sanzionatorio: « imputare nulla gli atti preparatorii; imputare poco gli atti esecutivi; imputare più gli atti consumativi; imputare più ancora il compimento di questi è una progressione irrecusabile per buona giustizia e concordemente rispettata in Italia » (*Sinopsi*, cit., p. 195).

Carrara scriverà nel discorso *Atti preparatorii* (1881) di essere giunto a ritenere preferibile una nozione di univocità basata sulla violazione di un diritto altrui, temendo che da sola la mancanza di univocità non contraddistinguesse a sufficienza (in senso oggettivo) la sfera degli atti preparatori: infatti « appagandosi della ragione della mancata *univocità* si scambiò il terreno sul quale doveva essere posto il problema. Una questione puramente *ontologica*; si convertì in una questione di *prova*, e di *convinzione* » (p. 236). Con estrema finezza, Seminara individua il punto debole di questo criterio: per evitare i rischi di una prospettiva probatoria, Carrara cade in una dimensione formale « che, a sua volta, mal si concilia con quella di tipo sostanziale in cui dovrebbe operare il criterio dell'univocità » (p. 81); inoltre il criterio vale solo per i reati posti a tutela di beni materiali e risulta inapplicabile ai tentativi compiuti a distanza (p. 84). E tuttavia « la postulata incidenza degli atti sul soggetto passivo dell'attentato [...] rappresenta il mezzo attraverso cui Carrara mira a impedire la dilatazione del tentativo punibile discendente da un'univocità intesa in un'accezione esclusivamente probatoria » (p. 85).

Ma nell'opera di Carrara si può trovare anche un altro parametro con il quale individuare il principio di esecuzione di un delitto. Nella *Prolusione al corso accademico di Diritto criminale 1870-1871*, nel *Programma, Parte generale*, Lucca, 1871[4], § 358, e in *Essenzialità del conato punibile* (*Prolusione al corso di diritto e procedura penale 1883-84*), egli distingue tra atti preparatori in modo assoluto e in modo contingente, e riguardo a questi ultimi afferma che tali sono gli atti che, a differenza dei primi, possono diventare esecutivi « quando i medesimi si accompagnino da tali condizioni materiali che manifestino indubitata la loro direzione a un dato delitto » (cito dal *Programma*). Qui si esige qualcosa di più per poter parlare di conato remoto: un riscontro oggettivo che può provenire solo dalle circostanze concrete del fatto e che renda certi della direzione verso un determinato reato. Egli fa l'esempio dell'ingresso nella dimora altrui: questo atto, preso isolatamente, è preparatorio e non rivela la direzione verso alcun delitto: « ma se s'immagina il mio nemico mortale che col pugnale brandito s'introduce nella mia camera mentre io dormo; o l'amante reietto, che notturnamente invade accompagnato da due scherani la casa della donzella; o i ladri notorii che muniti di grimaldelli, scalpelli e recipienti atti al trasporto, invadano la casa dove si chiude un bottino correlativo

a quei recipienti; il giudice potrà benissimo ravvisare in quella introduzione clandestina o violenta il carattere respettivamente di tentato omicidio, di tentato ratto, di tentato furto, e simili » (p. 237). Rispetto alla prospettazione insita nella metafora del viaggio sopra menzionata, la soluzione del problema dell'inizio dell'esecuzione è riportata sul piano fattuale e svela un obiettivo garantistico da parte di Carrara, che come tale va messo in evidenza (e Seminara opportunamente lo fa).

Anche riguardo all'elemento dell'idoneità, la dottrina di Carrara presenta profili di innovazione.

Non stupisce l'affermazione dell'impunità del tentativo con mezzi assolutamente inidonei, a differenza del tentativo con mezzi relativamente inidonei (o insufficienti: sparo a eccessiva distanza ecc.). La distinzione è basata sull'idea che fondamento della « imputabilità politica del conato » sia « il *pericolo corso* dal diritto speciale che il colpevole voleva violare » (*Sinopsi*, cit., p. 190; già *Lezioni sul grado,* cit.). La linea di confine è difesa strenuamente da Carrara anche in un vigoroso e celebre discorso del 24 agosto 1880, dove confuta con veemenza la sentenza pronunciata dai giudici del *Reichsgericht* di Lipsia del 24 maggio 1880, definita aberrante, in quanto contraria ai princìpi scientifici professati in Italia e, a suo dire, anche dalla maggioranza dei criminalisti tedeschi.

Carrara sostiene poi la non punibilità del tentativo di delitto assolutamente impossibile: per impossibilità fisica (es. sparo contro cadavere) o legale (es. adulterio con la propria moglie; furto di cosa propria) della « persona o cosa (soggetto passivo) sulla quale si è portata l'azione » (*Sinopsi*, cit., p. 191). La punibilità a titolo di conato, tuttavia, non viene esclusa dall'assenza accidentale dell'oggetto o della vittima dell'azione. Il Maestro lucchese, inoltre, non imposta il giudizio di idoneità « guardando all'ultimo atto realizzato dall'agente e alla sua capacità di produrre l'evento », ma è fautore della punibilità (a titolo di conato remoto) degli atti idonei precedenti, anche se i successivi sono inidonei, con il risultato di estendere l'area del tentativo punibile. La sua nozione dell'idoneità è « legata all'adeguatezza anche di una sola frazione della condotta al tipo di evento preso di mira ».

Due esempi possono chiarire i risvolti poco garantistici del suo pensiero. Il padre che spara contro il figlio con un fucile inizialmente carico, ma successivamente scaricato dalla vittima, merita di essere punito. Carrara sostiene la punibilità del fatto del caricamento dell'arma a titolo di conato remoto, in quanto atto preparatorio in modo contingente, reso univoco dal successivo uso dell'arma, e ritenuto esecutivo perché, pur non cadendo sul soggetto passivo della consumazione converge sul soggetto passivo dell'attentato, violando quindi un diritto altrui (non punibilità invece dello sparo, per inidoneità assoluta del mezzo). Altro esempio è quello di chi, dopo aver preparato il veleno ed essersi

introdotto nell'abitazione del nemico, getta la pozione in una pentola ove bolle una sostanza che ne neutralizza le qualità venefiche (p. 86 nt. 149).

È dunque nel giusto Seminara quando rileva che: « la nozione di idoneità — malgrado l'assunto secondo cui l'elemento materiale del delitto tentato consiste nel 'pericolo che ha corso il diritto violato' — viene svuotata sotto due diversi profili » (p. 85). L'inidoneità relativa infatti non esclude la punibilità del tentativo, anche se il bene non ha corso alcun pericolo concreto, perché si deve tenere conto dell'allarme sociale creato dall'agente. Di nuovo c'è che Carrara esplicita meglio di altri questo aspetto (e che non si limiti a una « mera risistemazione concettuale », avverte Seminara, lo dimostra l'elenco delle ipotesi di insufficienza di mezzi, nelle quali rientrano casi, ad esempio lo sparo ad eccessiva distanza, che in passato figuravano dentro l'impossibilità assoluta). Per Carrara, in conclusione, « il fondamento della punibilità va dunque ravvisato non nel concreto pericolo per il bene, bensì nell'idea che « potendo quel fatto ripetersi con le identiche condizioni soggettive ma sopra altro soggetto passivo [...] gli onesti cittadini hanno ragione di temere questa ripetizione »: in tale passaggio dalla potenzialità di lesione nei confronti dello specifico oggetto dell'azione all'allarme sociale suscitato da quest'ultima, la concezione di Carrara rivela la sua base concettuale e [...] anticipa teoriche che ancora oggi mantengono piena attualità » (p. 339). Ma anche per le altre peculiarità sopra menzionate il pensiero del Maestro lucchese, come fortemente sottolineato da Seminara, non è rigorosamente oggettivo: in determinati casi, malgrado le premesse, la volontà criminosa prevale quindi rispetto alla carenza di pericolosità del fatto.

9. *Atti esecutivi in Francia: dal secondo Ottocento al Novecento.*

Dal secondo Ottocento, la penalistica europea segue itinerari più differenziati. Per quanto concerne l'esecutività degli atti, il criterio dell'azione tipica, espressione del principio di legalità e proposto nel primo periodo di applicazione dei codici, subisce vicende alterne nelle varie aree penalistiche.

Tra metà Ottocento e inizi del Novecento assistiamo in Francia a una dilatazione della sfera degli atti esecutivi. Non è più la parziale tipicità della condotta a caratterizzare il tentativo, integrabile anche dalle circostanze aggravanti, ma l'univocità della volontà criminosa. La teoria presentava in effetti delle rigidità, di cui ci si rese conto. Si poteva anche allora obiettare — così Seminara (p. 319) — che « la teoria formale-obiettiva, vincolata alla tipicità degli atti esecutivi, risulta incapace di offrire un qualsiasi parametro rispetto ai reati causali puri [un « guscio vuoto », per usare l'eloquente locuzione di Angioni, *Il tentativo*, cit., p. 912], ove il primo e unico atto tipico è quello in cui consiste la consumazione del

reato, e inoltre scivola su una dimensione formale e formalistica che ignora la pericolosità espressa dalla condotta nei confronti del bene aggredito ».

I due poli sembrano ancora abbastanza in equilibrio nel pensiero di R. Garraud, per il quale Seminara parla di « ambigua combinazione tra una valutazione oggettiva sulla prossimità degli atti alla consumazione e una loro ricostruzione soggettiva alla luce del piano criminoso predisposto dall'agente ». Secondo il penalista francese (p. 287), infatti, una volta accertata da parte dei giudici l'intenzione di commettere un determinato delitto (ad es. un furto), per punire a titolo di tentativo occorre la realizzazione di atti che tendono « direttamente e immediatamente » al delitto in questione: perciò scalata ed effrazione possono essere considerati inizio di esecuzione del furto, ma non dell'omicidio. Malgrado l'aggancio oggettivo (che pone Garraud in linea con Ortolan e Haus), si conferma una tendenza della dottrina (e della magistratura) francese a soggettivizzare il fondamento del tentativo, facendone risiedere la ragione di punibilità nella manifestazione di una volontà criminosa, sempre più distaccata dalla fattispecie astratta di reato. Lontanissimo dai presupposti oggettivi appare ormai R. Saleilles nel 1897. L'esito, a lungo andare, è che « non si richiede più che il fine criminoso sia esclusivamente desumibile dalla condotta realizzata, potendo esso venire liberamente accertato dal giudice. Neppure è necessario che gli atti siano immediatamente prossimi alla consumazione » (p. 642). La giurisprudenza, come detto, è sulla stessa linea, e in tale direzione si manterrà anche nel Novecento.

10. *Atti esecutivi in Germania.*

In Germania, invece, a livello dottrinale, la teoria formale-oggettiva ottiene nuovo slancio grazie a una schiera di validissimi dogmatici. Essa coesiste inoltre con la teoria materiale-oggettiva. In dottrina si affiancano infatti i sostenitori da una parte del criterio della parziale tipicità degli atti esecutivi (con impostazioni diverse: Meyer, Merkel, Binding, Liszt) e dall'altra degli atti oggettivamente univoci o unitariamente legati alla consumazione. Seminara tra l'altro mette in luce un interessante fenomeno: la dissoluzione del contrasto tra oggettivisti e soggettivisti su questo problema, dato che vi sono soggettivisti (ad es. Wächter) che adottano una prospettiva analoga a quella professata da coloro che seguono l'indirizzo opposto. Si comprende bene, quindi, come il punto di equilibrio venga raggiunto da Reinhard Frank, con la sua proposta di una formula che permette di conciliare le opposte visioni: sono esecutivi gli atti « che, in virtù della loro necessaria affinità con la condotta tipica, in una visione naturalistica appaiono come parti di essa » (p. 761).

11. *Tentativo con mezzi inidonei in Francia.*

La vera svolta riguarda il tentativo con mezzi assolutamente inidonei. Alla fine dell'Ottocento, infatti, in Francia, Spagna e Germania (anche nelle aule giudiziarie) e in parte anche in Italia, si forma un orientamento favorevole alla punizione del tentativo con mezzi assolutamente inidonei e su oggetto inesistente (oltre che accidentalmente assente). La casistica comprende (p. 335) « tentativi di furto resi impossibili dall'assenza del bene, tentativi di omicidio mediante pozioni magiche o sostanze di uso comune e inefficaci per quantità o qualità, tentativi di aborto realizzati con le modalità più maldestre o con mezzi assolutamente innocui ovvero in assenza di una gravidanza, tentativi di infanticidio su feti nati morti o dei quali i periti medico-legali non riescono a dimostrare la sia pur breve vita ». La drastica innovazione finisce per colpire inflessibilmente « una criminalità « proletaria » superstiziosa e incolta ».

In Francia, si arriva ad affermare la punibilità anche per assenza accidentale dell'oggetto o della vittima. Questa stretta rigoristica proviene dalla Cassazione, che il 4 novembre 1876 dichiara punibile un ladro che aveva tentato di sottrarre del denaro da una cassetta delle elemosine vuota, e il 12 aprile 1877 una donna che aveva sparato verso un letto scopertosi vuoto. « Con tali sentenze si apre un nuovo capitolo nella storia dell'evoluzione del sistema francese sul delitto tentato e la conseguente frattura tra giurisprudenza e dottrina si comporrà solo verso la fine del secolo con la definitiva capitolazione della seconda » (p. 144). La dottrina, infatti, da posizioni favorevoli addirittura a una valutazione in concreto dell'impossibilità (ad es. E. Villey nel 1877), passa a criticare la distinzione tra impossibilità assoluta e relativa e a ritenere sempre punibile il tentativo inidoneo.

L'evoluzione è percepibile già nel citato *Traité* di René Garraud (1888[1]), che pure professa ancora una soluzione tradizionale quanto all'impunità del tentativo impossibile per inesistenza *in rerum natura* dell'oggetto e per assoluta inattitudine dei mezzi impiegati dall'agente (uso non solo di sostanze inoffensive, ma anche di un fucile precedentemente caricato e poi scaricato ad insaputa dell'agente; resta invece punibile il tentativo quando l'impossibilità concernente i mezzi è solo relativa: ad esempio, il fucile è carico, ma non spara o la polvere non si infiamma o l'agente tira, ma a una distanza troppo grande dal bersaglio). È soprattutto istruttivo quel passaggio dell'opera (p. 300, nt. 33), rilevato da Seminara (p. 648), in cui, dopo aver dichiarato nel testo che il delitto impossibile si distingue dal delitto tentato o mancato per il fatto che il risultato voluto dall'agente non poteva essere raggiunto e che le infrazioni impossibili, « allo stato attuale della nostra legge

penale », restano dunque impunite, Garraud afferma poi che non criticherebbe una legislazione che punisse il tentativo di un delitto impossibile a consumarsi in ragione dei mezzi impiegati dall'autore, poiché in effetti vi ha più di una risoluzione criminosa: « vi ha un atto che senza dubbio non ha prodotto alcun male in conseguenza di un errore dell'agente, ma che ciò nonostante causa un disordine sociale per l'allarme che fa nascere ». Nettissima è la virata soggettivistica nel pensiero di Saleilles: ogni tentativo inidoneo è punibile, conta l'allarme sociale e non il pericolo per il singolo bene aggredito; anche se il fronte che aderirà a questa corrente non riterrà punibile il tentativo irreale o superstizioso, estremo « recupero di una valutazione oggettiva » (p. 656).

Negli anni Trenta, una giurisprudenza severa arriverà a punire a titolo di aborto tentato anche chi fa uso di mezzi assolutamente inadeguati oppure agisce su donna non incinta.

12. *Tentativo con mezzi inidonei in Germania dal secondo Ottocento.*

Il Paese dove questo passaggio è più scoperto è la Germania, dove nel secondo Ottocento si registra un'evoluzione in un contesto ancora più pronto a recepire istanze repressive in nome di una concezione soggettiva del reato. La soluzione più estrema arriverà nel 1880. Il riferimento è alle celebri sentenze del *Reichsgericht* del 24 maggio 1880 (tentato aborto con mezzi inidonei) e 10 giugno 1880 (infanticidio di feto non vivente), nonché del 7 giugno 1882 e 30 marzo 1883 (tentato aborto su donna non incinta), che asseriscono, nell'interpretare il § 43 del codice penale dell'Impero (1871), il primato della volontà criminosa sul fatto, la rilevanza dell'opinione e della supposizione dell'agente rispetto alla lesione del bene giuridico o alla pericolosità oggettiva dell'azione, secondo un orientamento costante nel lungo periodo, che riceve la sua spinta decisiva, nello stesso collegio giudicante, dalla dottrina e dagli scritti di Maximilian von Buri, « il più lucido e implacabile critico della concezione oggettiva del tentativo » (p. 282). In Germania, rimane quindi escluso dalla punibilità solo il tentativo irreale o superstizioso, mentre viene punito il tentativo con mezzi inidonei o su oggetto inesistente, secondo una ricca casistica.

Le basi della teoria di von Buri, peraltro, vengono tenacemente criticate in Germania, sul fronte oggettivista, secondo percorsi differenti (Geyer, Meyer, Binding, Beling ecc.).

August Geyer, le cui idee sono note anche in Italia per avere Lucchini voluto pubblicare un suo intervento nella *Rivista penale* (1881), si distingue per la sua teorizzazione rigorosa di un tentativo

basato sulla pericolosità concreta della condotta. Risultato: ripudio della distinzione tra inidoneità assoluta e relativa (autorevolmente rilanciata da altri oggettivisti come Albert Friedrich Berner) a favore di un accertamento in concreto dell'idoneità. Sua è la tagliente replica alla deriva soggettivistica della prassi, secondo la quale « se vuolsi imputare qualche cosa a colpa di taluno, non si può fare astrazione dalla concreta condizione del fatto; né è lecito correr dietro alla larva della mera possibilità, e costruirsela in mente sulle ali della fantasia, per addossare all'agente una colpa che egli per giustizia non deve sopportare ». « Una moderna riproposizione dei processi di stregoneria », scriverà nel 1881 (p. 710).

Tali accesi contrasti di opinione, che infiammano una ribalta scientifica che resterà nel tempo movimentata (si veda la descrizione dei vari filoni soggettivisti in quest'epoca), fanno capire tutto il valore della posizione assunta da Franz von Liszt, il quale a fine secolo pone a fondamento del tentativo la pericolosità dell'azione, da accertarsi *ex ante* basandosi su tutte le circostanze esistenti al momento dell'azione (e su quelle note all'agente), filtrate tuttavia dalla sua rappresentazione soggettiva. La teoria della 'prognosi postuma', di cui Seminara descrive la genesi e le diverse modulazioni, fu veramente un modello originale (p. 824), un ago della bilancia, quasi un emblema dei possibili incroci tra teorie soggettive e oggettive, a causa dell'ambivalenza dovuta a un concetto di pericolosità dell'azione in bilico tra fatto concreto e soggetto.

13. *Vicende italiane dopo Carrara.*

Sarebbe troppo complesso, e il discorso porterebbe troppo lontano, dare conto della varietà di posizioni dottrinali che si profilano in Italia dalla fine dell'Ottocento agli inizi del Novecento. Ciò dipende dal fatto che è innanzitutto diviso il fronte degli oggettivisti. In questo ambito, non si registra affatto una condivisione piena di criteri, nemmeno di quelli carrariani.

La crisi di certezze investe tanto la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi, quanto la distinzione tra inidoneità assoluta e relativa.

Quanto alla prima, dopo aver messo in rilievo limiti (veri o supposti tali) della teoria dell'univocità intrinseca degli atti e incongruenze del parametro della violazione del diritto altrui, si va alla ricerca anche di nuovi criteri. La teoria formale-oggettiva, comunque — prima di essere protagonista di un *revival* da parte dei seguaci del metodo tecnico-giuridico —, dirada le sue presenze (anche se trova ancora i suoi sostenitori: ad esempio Pessina), perché ritenuta insufficiente dal punto di vista preventivo. Essa, come ci attesta Seminara, non era accolta neanche dalla giurisprudenza, che adoperava il criterio carrariano

dell'invasione della sfera del diritto altrui e il parametro dell'univocità (senza ancorarlo però alla natura degli atti, così da renderlo uno strumento affidato alla logica del caso concreto e plasmabile dalla discrezionalità dei giudici anche per reprimere atti preparatori). La dottrina si muove dunque per lo più entro l'orbita di teorie sostanziali o materiali-oggettive, variamente prospettate da parte dei giuristi che non si limitano a riprodurre (più o meno fedelmente) i parametri di Carrara, che in giurisprudenza sembrano comunque — lo si è visto sopra — riscuotere un certo successo.

Giovan Battista Impallomeni, ad esempio, contesta uno degli insegnamenti capitali di Carrara: cioè che l'univocità degli atti — su cui il maestro lucchese basava il confine tra atti preparatori ed esecutivi — dovesse avere natura obiettiva. Vale la pena di riferire il ragionamento: « L'appoggiare la scala sul tetto altrui, l'aprire la porta con chiave falsa può avere diversi significati, lo scopo di un furto come di una semplice violazione di domicilio, come di un ratto, come anche di un clandestino colloquio non delittuoso. Non è lecito dubitare che tali atti, quando costi [sic] in qualunque siasi modo della intenzione diretta al fine di rubare, di rapire, o semplicemente di violare il domicilio, costituiscano rispettivamente tentativi di furto, di ratto o di violazione di domicilio; ma ciò unicamente perché, indipendentemente dal significato che può avere il fatto per sé medesimo, costa [sic] della intenzione dell'agente, mentre secondo il criterio della univocità quegli atti dovrebbero essere considerati meramente preparatorii » (*Il Codice penale italiano illustrato*, Firenze, 1890, p. 199). Si smarrisce, perciò, il senso del concetto obiettivo di univocità intrinseca degli atti, che era stato il rovello del Maestro lucchese. Una volta impostata la questione sul piano probatorio, si reputa arbitrario esigere che l'univocità verso un determinato delitto debba desumersi solo dalla natura del fatto: « la univocità o la equivocità obiettiva del fatto è dunque niente altro che una questione di prova, vale a dire di certezza, come insegnava d'altronde lo stesso Carrara, e non si capisce perché la prova si debba unicamente desumere dal fatto delittuoso ».

Il giurista siciliano non è meno critico nelle pagine di un'altra sua importante opera, *L'omicidio nel diritto penale* (Torino, 1900[2]), in cui rimprovera al criterio carrariano individuante nell'aggressione al diritto del soggetto della consumazione il punto nel quale si può parlare di conato prossimo, di lasciare fuori dal campo del tentativo punibile i reati a distanza: « chi vorrebbe, a mo' di esempio, sostenere non esservi tentativo nel fatto di chi non solo mescoli il veleno a dei confetti, ma li spedisca per pacco postale alla persona destinata a mangiarli? » (p. 317). L'approdo è il criterio distintivo tra atti preparatori ed esecutivi, invero alquanto nebuloso (a meno di non intenderlo, come sosteneva B. Petro-

celli, *Il delitto tentato. Studi*, Padova, 1955, p. 130, una variante della teoria materiale-oggettiva) della messa in movimento della causalità criminosa (p. 320), che oltre tutto — e qui coglie nel segno lo sguardo attento di Seminara — fonde (o confonde?) l'univocità con l'idoneità.

Ma c'è anche chi si dichiara scettico sull'opportunità di mantenere una prospettiva materiale-oggettiva. Cesare Civoli, nel suo contributo del 1904 per l'*Enciclopedia del diritto penale italiano* diretta da Pessina, obietta infatti che « non è col subordinare l'irrogazione della pena alla condizione, che già si siano acquistati istrumenti adatti alla consumazione del reato, e che si sia incominciato, se non ad adoperarli [...] a mettersi in condizione di adoperarli prossimamente, che si può sperar di riescire a tracciare un limite razionale e preciso fra le azioni, che non possono lasciarsi impunite senza pericolo per la società, e quelle che non devono punirsi » (p. 226). Meglio dunque lasciare al giudice il potere di decidere caso per caso, senza escludere che si possano punire anche atti preparatori: « nessuno dovrebbe credere, che l'acquisto del veleno non possa mai verificarsi in circostanze tali da far palese la volontà di avvelenare, e da doversi considerare come esecuzione del proposito di avvelenare, per quanto potesse al legislatore piacere di vietare di argomentare da esso tale proposito », scrive ancora Civoli (p. 213), il quale supera così i limiti oggettivi posti dalla corrente della penalistica liberale, spingendosi fino a dichiarare che i fautori della teoria soggettiva del tentativo in Germania « sono nel vero affermando, che se non costituisce tentativo la dichiarazione di voler commettere un reato, lo costituisce qualunque azione compiuta allo scopo di commetterlo » (p. 214 nt. 1).

Diversa è la critica che sarà mossa da Ottorino Vannini nell'articolo *La nozione di "attività esecutiva"* (« Riv. pen. », 1921) alla teoria dell'univocità obiettiva di Carrara e che parte da una rivalutazione del criterio dell'azione tipica: « per noi l'azione deve essere esecutiva per come essa si afferma in relazione alla norma che prevede il delitto, non già per quello che essa è capace a rivelare di delittuoso proponimento » (p. 107). Un modulo applicato anche alla distinzione tra atti preparatori, esecutivi e consumativi basata sulla violazione di un diritto altrui (rispettivamente del diritto del soggetto passivo dell'attentato oppure della consumazione), alla quale si obietta « che un atto lesivo di un diritto (o meglio: bene giuridico) della vittima non significa che debba sempre per ciò stesso dirsi esecutivo del reato che con esso a danno della vittima si voleva perpetrare » (p. 110).

Quanto all'idoneità, requisito irrinunciabile per gli oggettivisti italiani, alcuni la conservano nelle sue linee tradizionali (ad es. Pessina, Lucchini, Impallomeni) e la difendono dagli attacchi germanici, scavando un solco profondo tra le due prospettive. Più rilevanti sono

tuttavia le voci di coloro che, a vario titolo, ne mettono in evidenza l'astrattezza e l'apriorismo: così, si osserva, anche il tentativo con mezzi assolutamente inidonei andrebbe perseguito, qualora i mezzi risultassero idonei in concreto per il soggetto preso di mira (Alimena, Brusa). Maggiore adesione sembra registrare la teoria carrariana sul delitto impossibile per inesistenza o assenza accidentale dell'oggetto. Tuttavia, non mancano dissensi anche contro di essa (Brusa e altri).

Un dato saliente è che, per chi si pone in un'ottica liberale, attenta a mantenere rilevanza all'elemento oggettivo della condotta nel tentativo, la dottrina di Carrara presenta componenti soggettivistiche, che non vengono condivise. Il già menzionato Emilio Brusa, ad esempio, è molto determinato contro la teoria carrariana della punibilità a titolo di conato remoto di atti preparatori idonei, resi univoci da successivi atti inidonei, avvertendone le carenze garantistiche.

Tra i penalisti che si sentono a disagio di fronte alla vecchia e rigida dicotomia inidoneità assoluta-relativa degli atti, pochi tuttavia (ad esempio Zuppetta) propendono per l'accertamento dell'idoneità in concreto. In attesa delle riflessioni di Vannini e Antolisei sulla pericolosità degli atti, sembra muovere le acque stagnanti il suggerimento di Civoli a valutare la probabilità a produrre il risultato. Tale visione, che potrebbe conciliarsi con un'ottica ancora oggettiva, si combina tuttavia con un'apertura nei confronti della punizione del tentativo con mezzi assolutamente inidonei e del tentativo di delitto impossibile per inesistenza dell'oggetto, che assimila ancora una volta tale posizione al pensiero positivistico.

Si tratta di problemi e situazioni diverse che toccano in effetti punti nevralgici e discutibili della classica distinzione inidoneità/impossibilità assoluta-relativa dei mezzi, preparandone il superamento: anche se ancora non è ben chiaro — tranne che per coloro i quali contestano la punizione del tentativo con mezzi relativamente inidonei e ammettono solo un giudizio di idoneità in concreto — quale altra prospettiva possa sostituire quel dualismo. Il criterio lisztiano della prognosi postuma, benché conosciuto, non ha ancora guadagnato i favori della dottrina. Nel frattempo, come mostra utilmente Seminara, anche la giurisprudenza mantiene la contrapposizione tra inidoneità assoluta e relativa, dei mezzi e dell'oggetto, intendendola nel senso più restrittivo e rigoroso, proiettando l'istituto del tentativo « verso una valutazione astratta ove non rileva [...] il pericolo effettivamente corso dal bene aggredito » (p. 531). Secondo l'Autore, anzi, la magistratura italiana percorre una strada parallela rispetto alla varietà delle posizioni dottrinali (una sorta di suo dna che si conserva ancora oggi) e ciò, se non la porta ad aderire alle tesi della scuola positiva, la conduce comunque molto vicina alle tesi adottate dal Codice Rocco.

14. *Positivismi.*

Nel contesto di fine secolo cade anche la bufera positivista che, se da un lato può prendere spunto dai soggettivismi già sorti, soprattutto in area germanica, dall'altro intende sviluppare un sistema di giustizia penale fondato non più sul reato ma sul criminale, da studiarsi sotto svariati punti di vista (antropologici, criminologici, sociologici). Già negli anni Ottanta, Raffaele Garofalo auspica il venir meno del requisito dell'idoneità dei mezzi, commentando la citata sentenza del Reichsgericht del 1881. L'attacco ritorna nella *Criminologia* (Roma-Torino-Firenze, 1885), che per buona parte sviluppa in modo provocatorio il tema dei mezzi idonei. Garofalo, intanto, si avvede delle sfumature soggettive presenti in Carrara e non manca di farlo deliberatamente notare. L'asse ruota ora intorno alla pericolosità dell'agente, e non dell'azione, e in quest'ottica vengono recuperate molte delle affermazioni demolitorie dei penalisti tedeschi, volte ad insistere sulla rilevanza della sola (manifestazione della) volontà criminosa. Con l'avvertenza che a contare è la pericolosità del delinquente: « il reato ha rivelato il delinquente, e l'esame di questo rivelerà la categoria a cui egli appartiene. Se la volontà, benché criminosa, non è pericolosa, cessa la ragione della pena. Il delinquente non temibile non dev'essere punito » (p. 270). Quanto agli atti preparatori, cade un altro dogma della scuola italiana: « nessuno potrebbe sostenere che, in generale, gli atti semplicemente preparatorii siano punibili, ma è possibile stabilire alcuni casi, in cui essi diventino tali [...]. E tali sono tutti gli atti preparatorii commessi da delinquenti abituali nella speciale forma criminosa da essi esercitata » (p. 264). Le medesime coordinate reggono anche il trattamento sanzionatorio, che per Garofalo deve essere pari a quello del reato consumato, salvo un'eccezione (motivata da ragioni di giustizia...) nei casi in cui sarebbe stata presumibile la desistenza volontaria. Concessioni che altri, nel medesimo fronte, metteranno in discussione.

Più che proseguire nell'analisi delle singole posizioni (tutte discusse da Seminara, che non trascura di soffermarsi sulle particolarità di ciascuno, da Lombroso a Puglia, da Luigi Majno a Enrico Ferri e al più sistematico di tutti, Eugenio Florian), vale più sottolineare come i postulati in tema di esecutività e idoneità degli atti vengano ripudiati e subiscano una generale semplificazione, da parte degli aderenti al nuovo verbo. Gli accenti si fanno crudi e freddi, senza scrupoli nei confronti dei delinquenti o presunti tali. Vito Porto, ad esempio, esclama: « È l'antropologia, che dovrà, a mio avviso, dire l'ultima parola... la pena da infliggersi dovrà essere quale è richiesta dalla temibilità del delinquente... L'antropologia dirà a quale categoria appartenga l'individuo che voleva violare un diritto guarentito dalle leggi penali, se sia cioè

suscettibile di correzione o debba addirittura eliminarsi dalla società... Perché dovrà essere lieve la pena, se l'atto assolutamente inidoneo ci ha rivelato uno di quegli individui che nascono, vivono e muoiono delinquenti, cioè un delinquente nato? » (*La scuola criminale positiva e il Progetto di nuovo codice penale, Appunti*, Verona-Padova, 1884, p. 125).

È famosa inoltre l'uscita di Cesare Lombroso, all'indomani della pubblicazione del Codice Zanardelli (*Troppo presto*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889[2], p. 16): « Così chi propina una sostanza che crede veleno, mentre poi non lo è, pel più semplice buon senso che non badi alle formole magiche di vecchi giuristi, è colpevole perché altrettanto pericoloso di chi ha dato vero veleno, tanto più quando si sappia la tenacia degli avvelenatori che riproducono con strana insistenza e in vasta scala i loro reati [...] colpendoli fortemente, possiamo salvare qualche vittima, mentre col solito sistema di interpretazione erroneamente mite, per salvare le formole, si prepara la morte di un innocente ». La retorica dei positivisti non fa sconti a nessuno.

Anche Luigi Majno critica le sottigliezze dei parametri carrariani dell'univocità, che sparirebbero d'un colpo adottando la semplicità della teoria soggettiva: « e una volta che la dottrina del tentativo è stata posta sopra questo terreno, diventano una necessità le sudate formole astratte per tentare di dar precisione al concetto della cominciata aggressione del diritto. Così la scienza si allontana sempre più dal senso morale e dal buon senso, i quali non dovrebbero rimanere estranei ad una dottrina eminentemente sociale qual è il diritto positivo » (*Commento al Codice penale italiano*, Verona, 1890, p. 166). Egli demolisce anche la distinzione tra inidoneità assoluta e relativa, inutile anch'essa per chi si accontenta della temibilità del delinquente, pur accettando la mitigazione di pena per il reato tentato.

Un'immagine ancora diversa ci restituisce tuttavia Eugenio Florian, al quale è correttamente riservata una posizione peculiare: « un problematico intreccio di elementi oggettivi e soggettivi » (p. 495), che lo spinge, dall'alto di una buona cultura penalistica (esibita nella sua Parte generale) a sprezzare tanto la teoria oggettiva quanto gli apriorismi dei soggettivisti e anche di certi positivisti: da qui, ad esempio, il rifiuto netto della parificazione di pena.

15. *Il metodo tecnico-giuridico alla prova.*

Le osservazioni che precedono non hanno seguito un andamento regolare e non si è distinto tra un prima e un dopo Codice Zanardelli, né si è insistito sulla preparazione di questo. Sarà bene tuttavia avvertire che anche a questo riguardo l'indagine di Seminara non è priva di notazioni rilevanti. Interessanti sono, ad esempio, le considerazioni

minute sulle oscillazioni nella formulazione della definizione del tentativo, che nei primi progetti era di carattere soggettivo e che dal progetto Mancini del 1876 divenne di tipo oggettivo; dizione infine (consapevolmente: v. la Relazione) accolta dal Progetto Zanardelli del 1887. Al progetto Mancini del 1876 si deve anche la menzione degli atti « efficaci alla consumazione », che diventano « idonei » nel Progetto Zanardelli del 1883, anche in questo caso con piena cognizione di causa, allo scopo di opporsi alla « insidia » delle concezioni soggettivistiche (p. 431), come emerge con chiarezza anche dalla Relazione del 1887 che, non casualmente, in quella temperie, attribuisce valore « costitutivo » e non meramente « dichiarativo » al requisito dell'idoneità degli atti. Vero è che nel prosieguo dei lavori si smarrisce tra i commissari il pregio della menzione di quel requisito, ad eccezione di Pessina e di Nocito, che ben comprendono la portata di quella precisazione la quale, soppressa dalla Commissione di revisione, è reintrodotta in sede di redazione definitiva del testo, per scelta un'altra volta di Zanardelli (Relazione 1889). Il Codice Zanardelli, da questo punto di vista, segna anche « il declino della tesi che afferma la coincidenza concettuale tra esecutività e idoneità, abbandonata dalla dottrina francese e decisamente respinta dal codice italiano del 1889, che espressamente richiederà un inizio di esecuzione con mezzi idonei » (p. 334).

Quanto all'interpretazione del Codice, di cui varie cose si sono già dette sopra, l'assunto di Seminara è che, a parte differenze di impostazione (i positivisti privilegiano la pericolosità rivelata dall'agente e non l'oggettiva pericolosità del fatto) e di metodo, « nel primo ventennio di vita la formulazione dell'art. 61 costituisce oggetto di attacchi e di critiche anche ad opera delle varie correnti nelle quali la c.d. scuola classica si è ormai stemperata » (p. 447). Siamo immessi in una fase di transizione nella quale la dottrina si attesta su posizioni non adesive alla scuola positiva, ma non insensibili alle istanze di rinnovamento da essa avanzate; non più giusrazionalismo, ma neppure fedeltà alle scelte legislative.

Si raccomandano, in particolare, le considerazioni dell'Autore sui risultati conseguiti da coloro i quali professano il nuovo metodo tecnico-giuridico, oggetto di rigoroso giudizio (« una dottrina che, sotto il manto del formalismo, procede nelle più disparate direzioni »: p. 491). Vincenzo Manzini, ad esempio, adotta una concezione restrittiva del requisito dell'univocità (sebbene non senza ambiguità): « gli atti diretti ad un determinato delitto non sono punibili come tentativo di questo, quante volte non integrino almeno un elemento essenziale o una circostanza aggravante del delitto stesso » (*Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1908, p. 361). Per il resto, malgrado la critica alla nozione di inidoneità assoluta (la quale, se non induce a fare a meno di questo criterio, come volevano i positivisti, nemmeno si risolve a

valorizzarlo in funzione della pericolosità per il bene o l'interesse aggredito), e la conseguente distinzione tra inidoneità e insufficienza, egli si limita ad operare, con abile disinvoltura, un rimescolamento e una sostituzione di categorie ad altre categorie, che nei fatti non determina novità sostanziali: impunità del solo tentativo assolutamente inidoneo; punibilità del tentativo con mezzi insufficienti per qualità, quantità o per modalità di impiego dei mezzi; punibilità del tentativo in caso di inesistenza accidentale dell'oggetto materiale del reato.

Non esce indenne dal bisturi di Seminara neanche Ottorino Vannini, sia per le sue idee in materia di atti esecutivi, sia per la sua disamina del concetto di pericolo che, dopo le premesse poste da Arturo Rocco nel libro sull'oggetto del reato del 1913 e da Francesco Antolisei in un saggio del 1914, egli affronta nell'articolo *Il valore del pericolo nel tentativo* nel Primo Supplemento della « Rivista penale » di Lucchini del 1919, traghettando (a modo suo) la teoria di Franz von Liszt in Italia, tentando di conciliarla con una concezione realistica del reato che, per quanto concerne l'idoneità, dovrebbe orientare verso l'accertamento in concreto della pericolosità dell'azione e il superamento della distinzione tra inidoneità assoluta e relativa. Alla fine, tuttavia, la figura di questo studioso esce fortemente ridimensionata dall'analisi di Seminara (specialmente pp. 496-505 e 559), che ne mette in rilievo le interne contraddizioni sul piano dogmatico e l'irriducibile positivismo metodologico (salvo conversioni).

16. *La prima vita del Codice del 1930.*

Il Codice Rocco apre una nuova fase della storia del delitto tentato in Italia. Il lettore potrà trovare nel libro una larga messe di indicazioni sia sulle contraddizioni giuridiche e sulle politiche criminali dei protagonisti della sua gestazione, sia su svariate figure di penalisti, molte delle quali attendono ancora di essere studiate nel contesto di questa epoca, seguita poi dai primi vani tentativi di riforma del codice penale. È un periodo complesso, riguardo al quale, data la densità delle pagine di Seminara, non è possibile indugiare in questa sede: pagine problematiche, che non risparmiano addebiti a nessuno dei protagonisti, sul piano delle carenze di rigore dogmatico (da sottolineare la confusione tra univocità e idoneità, e tra idoneità e causalità) e del garantismo. Avverto tuttavia per questo periodo l'esigenza di una maggiore contestualizzazione. Pur con le angustie di una prospettiva spesso immemore del passato, di corto respiro e incline a compromessi, che giustamente Seminara sottolinea, mi chiedo se tale tendenza a recuperare la nozione di atti esecutivi, di contro all'univocità intesa in senso soggettivo, e a una maggiore oggettivazione degli stessi atti

esecutivi, malgrado le incertezze che Seminara segnala, non meritasse comunque di essere valorizzata come indicativa di un percorso in chiave oggettiva della dottrina (anche in opposizione alla giurisprudenza) che, pur con i suoi limiti, è all'origine degli sviluppi attuali. Mentre, riguardo al concetto di idoneità, l'esito che va prendendo forma in questo periodo, contrassegnato ancora una volta da molte confusioni concettuali, è quello del prevalere del criterio lisztiano della prognosi postuma.

17. *Un ponte tra passato e futuro.*

La ricerca svolta da Seminara insegna (p. 311 ss.) che la contrapposizione fra teorie oggettive e soggettive nel tentativo si può risolvere solo in apparenza « nell'alternativa tra la volontà criminosa e il fatto ». Anche il « diritto penale della volontà richiede assai più di una mera intenzione illecita »: « anche per i sostenitori della concezione soggettiva la sussistenza del tentativo si lega alla realizzazione di una condotta, cui spetta di rendere pienamente riconoscibile l'intenzione ». L'irrilevanza penale della *nuda cogitatio* (principio del diritto romano, del diritto comune e del giusnaturalismo) è propria anche dei soggettivisti. Né gli oggettivisti possono fare a meno di parametri soggettivi: per essi « il teleologismo della condotta stessa continua a rappresentare una possibile chiave di comprensione del suo significato oggettivo ».

La contrapposizione, per essere correttamente mantenuta, va quindi intesa nel senso che i soggettivisti « considerano la condotta esclusivamente come mezzo di prova dell'intenzione criminosa, così da negare ogni distinzione tra atti preparatori ed esecutivi », mentre gli oggettivisti « richiedono la parziale tipicità o almeno la sua immediata prossimità all'esecuzione del fatto descritto dalla fattispecie incriminatrice » (p. 312); inoltre, per gli oggettivisti, « l'inadeguatezza della condotta in relazione al mezzo o all'oggetto esclude, prima ancora che la punibilità, la stessa nozione di tentativo ».

L'esperienza storica, inoltre, dimostra che prospettive soggettivistiche e oggettivistiche si sono spesso intrecciate tra loro; non si trattava di due mondi del tutto incomunicabili e separati in modo definito nelle soluzioni; da qui l'idea, frequentemente affermata da Seminara, della « assenza di una netta contrapposizione tra concezione oggettiva e soggettiva del tentativo » (p. 336), della « fluidità dei confini tra le varie soluzioni prospettabili in tema di punibilità del tentativo » (p. 337).

Così, ad esempio, avviene con la verifica della natura esecutiva degli atti o della direzione univoca degli atti che, una volta sganciata dalla fattispecie tipica, come avveniva nella teoria formale-obiettiva, rischia di essere suscettibile di contaminazioni soggettivistiche.

Altro esempio paradigmatico è costituito dalla distinzione classica tra inidoneità assoluta e relativa dei mezzi e dell'oggetto, di cui l'Autore svela più volte i limiti, al punto da concludere che « l'idea della necessaria pericolosità del tentativo trova un incerto riscontro nell'elaborazione ottocentesca del delitto tentato, ove un ruolo dominante venne svolto dalla distinzione tra idoneità assoluta e relativa, che [...] fondava l'idoneità relativa su un'astrazione connessa alle potenzialità del mezzo impiegato, indipendentemente dalla sua concreta lesività » (p. 998). L'idoneità, infatti, al pari dell'esecutività, è un « parametro polivalente » che si presta a contaminazioni soggettivistiche anche da parte di chi si pone in una prospettiva oggettiva: il che accade quando si considera irrilevante non solo la c.d. inidoneità relativa, ma anche l'inidoneità successiva di un mezzo o di un atto inizialmente idoneo, come nelle teorie di Mittermaier e Carrara, per i quali « la pericolosità oggettiva della condotta può essere integrata, se non sostituita, dalla pericolosità dell'agente » (p. 347).

Anche oggi, del resto, in virtù della prevalente adozione in dottrina del giudizio di prognosi postuma a base parziale, « che non considera le circostanze sopravvenute e neppure quelle concomitanti all'azione ma oggettivamente non riconoscibili » (p. 941), « l'orientamento dominante è attestato su una posizione intermedia tra le concezioni soggettiva ed oggettiva » (Seminara, *Contro una configurabilità « causale »,* cit., p. 919) ovvero accoglie una concezione « mediana », come « in larga parte del mondo », nel senso che « l'idoneità della condotta conserva il suo ruolo di elemento costitutivo del tentativo punibile, ma con un contenuto meno pregnante e rigoroso di quello massimamente concreto sostenuto dagli oggettivisti puri » (Angioni, *Il tentativo*, cit., p. 913).

Così si spiega, inoltre, l'ammissione nella parte speciale di fattispecie di attentato che contravvengono ai princìpi generali del tentativo: fenomeno che raggiungerà il culmine con il Codice Rocco (ne è banco di prova la disciplina del procurato aborto e dei delitti politici), allo scopo di attuare una tutela eccezionale dei beni ritenuti più gravi. Un diritto penale eccezionale che convive con la purezza del sistema. Scenari ancor più inquietanti, del resto, sono quelli schiusi dalla tendenza attuale a una sempre maggiore anticipazione della punibilità che erode gli spazi di configurabilità del tentativo: « il problema del delitto tentato, ormai relegato alle « classiche » incriminazioni del codice penale, dimostra un glorioso passato e un misero futuro » (p. 1023).

La grande dicotomia tra oggettivismo e soggettivismo sfuma anche oggi, come ancora osserva Seminara (p. 856), in virtù dell'abbandono della teoria formale-oggettiva e della « convergenza verso la punibilità degli atti che si trovano in una prossimità spaziale e tempo-

rale alla realizzazione dell'illecito perseguito dall'agente e così dimostrano l'avvenuto passaggio all'esecuzione (non della condotta tipica ma) del fatto costitutivo del reato ». Ma non sono da trascurare anche i dubbi espressi dall'Autore riguardo alla giurisprudenza e il giudizio finale sul sistema italiano: « un sistema ove convivono, al confronto con il resto d'Europa, la dottrina più garantistica e la giurisprudenza più repressiva » (p. 962).

È possibile tuttavia muoversi ancora all'interno di una prospettiva oggettiva, qualora si condivida « l'idea che il concetto di esecuzione debba essere legato alla fattispecie concreta e da essa proiettato su quella astratta, così da stabilire se la realizzazione del volere criminoso dell'agente abbia raggiunto uno stadio tale da dimostrare la sua prossimità alla consumazione », come avveniva nelle antiche teorie materiali-oggettive di portata europea, dove « il criterio dell'applicazione o della messa in opera dei mezzi valeva a evidenziare proprio la necessità di un'immediata prossimità degli atti all'esecuzione o alla consumazione del reato » (p. 976). Da questo punto di vista, « la teoria materiale-oggettiva rappresenta la traduzione in termini penalistici di una nozione di tentativo ispirata dall'idea di vincolare l'oggettiva rilevanza degli atti realizzati, nella loro concretezza, alla fattispecie astratta » (p. 983).

Guardando a ritroso tutta l'elaborazione dell'istituto del tentativo, resta a Seminara la consapevolezza che « in concreto non esistono specifici e predeterminabili modelli di diritto penale » (p. 970). Per chi crede tuttavia in una enucleazione garantistica dei requisiti del tentativo, la conoscenza del passato è essenziale per scegliere come realizzare nel modo più efficiente tali obiettivi, issandosi sulle spalle dei giganti, secondo la nota metafora medievale. Così si possono spiegare le serrate considerazioni contenute nelle ultime sessanta pagine del lavoro, dedicate con passione a progettare il futuro, tenuto conto di alcuni punti fermi, ad avviso dell'Autore: il « fallimento della teoria formale-obiettiva », una nozione assoluta che nel suo divenire è stata « relativizzata »; la coscienza che « una volta abbandonata la teoria formale-obiettiva nell'esperienza, non si danno più parametri rigidamente vincolanti per il giudice e qualsiasi critica legata a una carente determinatezza della soluzione dimostra un'incomprensione della storia delle idee » (p. 974); « l'idea che il concetto di esecuzione debba essere legato alla fattispecie concreta e da essa proiettato su quella astratta, così da stabilire se la realizzazione del volere criminoso dell'agente abbia raggiunto uno stadio tale da dimostrare la sua prossimità alla consumazione », come suggerito dalla « sapienza dei nostri antenati penalisti » (p. 976), e disposto nel Progetto Grosso (2001) e nello Schema Pisapia (2007). Anche le ragioni

in favore del giudizio di idoneità su base parziale risultano (almeno in parte, s'intende) fondate anche su giustificazioni storiche.

E con questo capitolo finale della monografia di Seminara tocchiamo l'aspetto in realtà forse più importante della sua ricerca e della filosofia che la sorregge. Rileggiamo quel punto della Premessa, p. XXIII, in cui egli dice di aver voluto procedure « non all'elaborazione di una nuova (ammesso che sia possibile) teorica, ma alla chiarificazione dei termini della problematica attraverso una ricostruzione storica e comparata, in grado di illuminare l'evoluzione dell'istituto all'interno del sistema penale ». La storia appare, all'illustre studioso, non un orpello, ma un compagno di viaggio insostituibile al pari dell'impegno civile che egli dimostra nella costruzione di un diritto penale più giusto e garantista. Ai suoi occhi « tutto si presenta come un filo continuo, ove non v'è spazio né per una tradizione cristallizzata, né per un presente capace di trovare solo al proprio interno la spiegazione del suo essere ».

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

SUL TENTATIVO: TRA STORIA, DOGMATICA E POLITICA CRIMINALE

1. Tentativo ed anticipazione della tutela alla luce di una recente indagine. — 2. Oggettivismo e soggettivismo nel tentativo. Riflessi in tema di dolo. — 3. La 'base' del giudizio di idoneità e le sue implicazioni all'interno del sistema. Tentativo e funzioni della pena. — 4. 'Probabilità' o 'possibilità' del fatto? I rapporti tra la base del giudizio e le fasi di sviluppo dell' *iter criminis*. — 5. Atti univoci, atti esecutivi, atti 'pretipici'; il ruolo dell'art. 49, 2° comma, c.p. — 6. Il trattamento penale del tentativo e la disciplina del reato impossibile: tra presente e futuro.

1. *Tentativo ed anticipazione della tutela alla luce di una recente indagine.*

Sulle caratteristiche e sul ruolo della fattispecie tentata il dibattito odierno appare tuttora aperto e denso di interrogativi sul piano sistematico e politico-criminale. In esso si rispecchiano in forma emblematica tutte le complesse questioni che affaticano da tempo l'elaborazione delle scelte di tutela penale: dalla tipicità all'offensività, dalla colpevolezza alla pericolosità dell'autore, dalle direttive di fondo sull'anticipazione della tutela (le quali investono, oltre al tentativo, i delitti di attentato e l'ampio novero dei reati di pericolo), fino ai risvolti in chiave probatoria che le diverse soluzioni lasciano emergere in relazione ai

coefficienti sia oggettivi che soggettivi di imputazione della responsabilità.

Una riflessione matura e consapevole in merito a tali problematiche deve, nondimeno, prendere realisticamente atto della difficoltà di elaborare una concezione sul tentativo che pretenda di riproporre in relazione a qualsiasi delitto categorie esplicative originariamente pensate in rapporto ad un nucleo ristretto di ipotesi criminose, quali i reati contro la persona e quelli tradizionalmente rivolti all'offesa al patrimonio. Nel nostro argomento, per vero, assume particolare rilievo quello che è stato giustamente designato come un fenomeno di progressiva 'astrazione' dei concetti generali da un materiale normativo per lo più circoscritto ai c.d. 'delitti naturali' ereditati dall'esperienza romanistica e dal diritto comune europeo che ad essa venne ad ispirarsi; delitti che verranno poi rivisitati dal pensiero illuministico, con l'intento, bensì, di dotarli di un più generale (e 'razionale') fondamento di legittimazione, ma con l'effetto, al contempo, di circoscrivere ulteriormente la sfera dei comportamenti incriminabili, in linea con quell'idea di 'diritto penale minimo' che da parte di taluno, sia pure con qualche anacronismo, si vorrebbe ancor oggi accreditare.

Si vuol dire, in altri termini, che la stessa nomenclatura convenzionale attorno alla quale ruotano le diverse opinioni — 'preparazione' ed 'esecuzione', 'univocità' e 'idoneità' rispetto al fine perseguito — sembra tuttora espressione di un nesso con fenomeni teleologicamente collegati ad un esito specificamente individuato nelle sue caratteristiche morfologiche e nel suo contenuto di lesività. Più ancora che il reato consumato, la figura tentata — non sembri un paradosso — avvalora e sottende una dimensione personalistica ed individualizzante del bene e del fatto correlativo. La più volte contestata (e contestabile) applicabilità del tentativo ai reati di solo 'pericolo' non si spiega soltanto, in questa prospettiva, con il timore di dar vita ad un eccesso intollerabile nell'anticipazione della tutela; essa dipende, più radicalmente, dalla circostanza che le componenti del tentativo — a confronto con interessi (e con fenomeni), come nei reati di pericolo, colti in una dimensione 'collettiva' (incolumità e salute pubbliche, ambiente, risparmio, ecc.) — tendono per lo più a diluirsi e a sfumare nell'indefinito. Il rilievo di Seminara — dal cui volume prendono l'abbrivio le nostre riflessioni — volto a sottolineare le distanze tra la logica dei reati di pericolo ed il tentativo si rivela, da questo punto di vista, ampiamente condivisibile: non soltanto, tuttavia, perché il pericolo (come insegnava già Pedrazzi) può afferire anche alla mera 'preparazione' del reato, non soltanto, inoltre, perché (come si è cercato altrove di dimostrare e come sembra ammettere lo stesso Seminara) il dolo di pericolo non sembra prestarsi a quella 'scala d'intensità' che nel suo grado più elevato caratterizza il

tentativo; ma anche, e soprattutto, perché, come si diceva, la traduzione in sede 'tipologica' delle esigenze politico-criminali sottese ai reati di pericolo rende impalpabile la pretesa di commisurare ad essi quei profili di 'naturalistico' snodarsi dell'*iter criminis* sui quali si è soliti svolgere la 'selezione' delle fasi più ravvicinate alla conclusione di una vicenda e di un'offesa 'determinate'. In tale ottica, non può dunque sorprendere che anche un autore come Palazzo, sia pur muovendosi in una prospettiva ancor più radicale, veda nella stessa 'formula generale' in materia di tentativo un'intrinseca difficoltà di esaustiva 'tipizzazione': a maggior ragione, egli osserva, laddove essa venga, per l'appunto, fatta interagire con gli estremi di quel 'pericolo' che, se già appare di incerta definizione nelle singole e 'nominate' fattispecie di parte speciale, rischierebbe, nel tentativo, di eroderne la tipicità ben oltre i limiti del razionalmente (e costituzionalmente) ammissibile.

Peraltro, una volta postisi su questa strada, nemmeno sembra consentito — questa volta, in dissenso dall'opinione di Seminara — far leva sulla frequente caratterizzazione in termini 'astratti' delle fattispecie di pericolo, per confutare la soluzione, sia pur minoritaria, propensa ad assumere una 'base totale' di giudizio quanto al requisito della 'idoneità' in materia di tentativo; proprio l'autonomia attribuita a tale figura ben potrebbe accompagnarsi, in effetti, ad una valutazione del predetto requisito avulsa dai caratteri del pericolo quale viene richiamato all'interno di quelle fattispecie che lo stesso Autore ritiene di dover distinguere da quella sul tentativo. Ma di ciò, più ampiamente, nel prosieguo di questo giro d'orizzonte sulla controversa tematica.

2. *Oggettivismo e soggettivismo nel tentativo. Riflessi in tema di dolo.*

Nell'analisi del problema del tentativo, campeggiano, com'è ben noto, le due opzioni di fondo che hanno attraversato la sua 'storia' nel corso dei secoli: quella d'impronta oggettivistica e quella ispirata alla valorizzazione del profilo soggettivo dell'intenzione di commettere il delitto. Due visioni, per la verità, che Seminara tende in parte a ridimensionare nella loro tensione conflittuale: come verrebbe ad emergere dall'accoglimento, in molti casi, di prospettive che, pur muovendosi in una dimensione oggettiva, finiscono con l'assumerne la rilevanza anche alla luce della rappresentazione dell'agente; come pure, e viceversa, dalla frequente adesione a postulati a sfondo soggettivistico corredati, tuttavia, dal riferimento ad una condotta esterna capace di rivelare *rebus ipsis et factis* il coefficiente intenzionale.

Per parte nostra, l'esigenza di una caratterizzazione in chiave oggettiva del tentativo punibile dovrebbe, in realtà, imporsi con ancor

più accentuato rigore e vigore. La stessa, intrinseca, anticipazione della tutela che il tentativo comporta sembra invero richiedere che una siffatta retrocessione risulti fondata su di un concreto ed effettivo collegamento con le prospettive di realizzazione dell'offesa programmata. Da tale punto di vista, l'insistenza nel voler cogliere nel tentativo un 'disvalore d'azione', dovuto alla mancanza dell'evento lesivo, ci appare — al di là dell'ossequio tributato ad un lessico di matrice tedesca — come il frutto di un sostanziale fraintendimento dei termini del problema. Ed invero, il momento soggettivo dell'intenzione, per acquistare spessore e consistenza, esige e presuppone un suo necessario riscontro in una dimensione a forte connotazione materiale, sì da far apparire quell'intenzione come il correlato di un fenomeno idoneo a sorreggerne e supportarne oggettivamente la carica finalistica. Non si tratta qui di prendere partito a favore di una scelta sistematica volta ad inserire il dolo all'interno del 'fatto', in adesione ad una prospettiva finalistica di marca welzeliana. Semmai, e proprio al contrario, siffatto inserimento sistematico, nella logica del *personales Unrecht*, è premessa e promessa di un'esaltazione della soggettività all'interno del fenomeno criminoso; là dove, viceversa, il dato obiettivo, nella sua funzione logicamente (e teleologicamente) prioritaria, dovrà condurre a plasmare l'imputazione soggettiva secondo le richieste di quel fatto materiale che solo può conferirle il ruolo di esprimere un rimprovero commisurato alla concretezza dell'accadimento.

Ragionando in questi termini, v'è da dire, piuttosto, che la soluzione da adottare in merito all'elemento soggettivo del tentativo sembra doversi far carico di un compito ulteriore, ossia quello (non già di fondare, bensì) di limitare ancor di più la sfera di rilevanza del tentativo. Poiché il tentativo comporta, per definizione, l'insussistenza del fatto consumato, ecco che quell'elemento, non soltanto dovrà poggiare su requisiti oggettivi di incontestabile evidenza, ma dovrà, per di più, 'attrarre' in forma particolarmente intensa e pregnante i requisiti di quel fatto che non si sono verificati. Lungi dall'esaurire il tentativo — o comunque dal legittimarne una parziale 'astrazione' dalle circostanze del fatto — esso dovrà, in altri termini, investire le componenti non realizzate di una volontà nel suo livello massimo di tensione psicologica, ossia nella forma di un'intenzione o di un dolo 'diretto' a questa fondamentalmente assimilabile. In accordo con l'opinione di Carrara, il dolo non potrà dunque condurre ad imputare il tentativo, laddove esso venga ad atteggiarsi nella sua forma 'eventuale'. Ed invero, di fronte ad un fatto rimasto incompiuto, tale forma di dolo risulterà priva del referente materiale atto ad esprimere e ad incarnare l'avverarsi del 'rischio' ipotizzato dall'agente. Non può bastare, insomma, per esprimersi con le parole del grande criminalista, un *affetto* privo di *effetto*,

quando il primo non si sostanzi in una volizione diretta del risultato: soltanto il verificarsi di quest'ultimo potrebbe invero fornire alla rappresentazione del rischio una base fenomenica idonea a concretizzare la previsione in ordine all'eventualità dell'offesa.

3. *La 'base' del giudizio di idoneità e le sue implicazioni all'interno del sistema. Tentativo e funzioni della pena.*

Alla luce di simili premesse — e tornando ad esaminare i profili oggettivi del tentativo — deve osservarsi, in primo luogo, come le frequenti riserve circa una possibile caratterizzazione 'a base totale' della verifica dell'idoneità degli atti si rivelino, in ogni caso, non sufficientemente fondate.

Non persuade, anzitutto, l'obiezione circa una possibile 'dipendenza' del giudizio di idoneità dalla previa assunzione di determinate scelte in merito alla categoria del pericolo: nel senso che, una volta privilegiato, in ipotesi, il richiamo al pericolo 'concreto', risulterebbe tuttavia aprioristico pretendere di trasporre *sic et simpliciter* una nozione siffatta anche in materia di tentativo. In effetti, se è vero — come si è già accennato — che non necessariamente la fisionomia del pericolo deve considerarsi *unum et idem* anche rispetto al tentativo, non è da essa che dovrà necessariamente inferirsi la valutazione di idoneità degli atti: come dimostra, d'altronde, la stessa circostanza che, stando all'avviso di una parte della dottrina (nonché del ben noto Progetto Grosso del 2001), sarebbe sufficiente in proposito anche la sola 'possibilità' (e non invece la probabilità) della realizzazione del fatto. L'indagine al riguardo dovrà essere condotta, insomma, all'interno delle logiche essenziali proprie del tentativo, allo scopo di verificare se risulti opportuno esigere — tanto più ove si respinga (come anche noi riteniamo preferibile: v., *infra*, 4) un criterio di tipo 'probabilistico' — che l'anticipazione della tutela possa venire, quanto meno, controbilanciata da un più rigoroso accertamento dell'insieme delle circostanze obiettivamente esistenti.

In secondo luogo, non convince del tutto l'assunto in base al quale, dovendosi avere riguardo all'ultimo atto compiuto dall'agente, il tentativo, a voler seguire la soluzione ora delineata, verrebbe a risultare circoscritto entro limiti irragionevoli, essendo difficile ammettere che il fattore impeditivo dell'evento — come rileva Seminara — debba sempre presentarsi « integralmente sopravvenuto »; con il risultato finale di escludere il tentativo, laddove « l'arma non abbia esploso il colpo perché scarica o difettosa, che lo sparo non abbia colpito la vittima perché essa si era chinata un attimo prima o in conseguenza di un minimo errore di mira », trattandosi, in tali casi, « di elementi sussi-

stenti o intervenuti prima dell'esaurimento dell'azione e rientranti nella base totale ».

In realtà, sembra difficile condividere l'idea che negli ultimi due casi si possa propriamente parlare di fattori rilevanti al momento dell'azione. Anzitutto, appare sintomatica la circostanza che tali ipotesi vengano sovente richiamate a proposito del fenomeno dell'*aberratio ictus*, potendo esse integrare quell'« errore » (nel caso dello sbaglio di mira) o quell'« altra causa » (dovuta al chinarsi della vittima designata), da cui sia derivata offesa a persona diversa dal destinatario del colpo: nel senso che, qualsiasi soluzione venga adottata in materia di tentativo (vuoi, cioè, quella a base parziale, vuoi quella a base totale), la dottrina in materia converge senza discordie verso il riconoscimento di un tentativo (da taluni, anzi, richiesto quale elemento essenziale ai fini della 'equivalenza' tra le due offese) nei confronti di colui verso il quale l'azione era diretta. Ed in effetti, nel momento del colpo quei fattori impeditivi non si collocano all'interno di uno scenario prognostico già definito alla luce dei medesimi; essi 'partecipano' invece, per così dire, della fase dinamica in cui il riscontro circa l'esito dello sparo appare ancora 'in attesa' di profilarsi compiutamente: e tanto basta a rendere inconcepibile un apprezzamento dei medesimi il quale autorizzi ad escludere *ex ante* la possibilità del risultato offensivo (come poter affermare, per vero, che il lieve errore di mira renda sicura l'impossibilità dell'evento, o che il fatto di chinarsi *in limine actionis* renda preventivabile in senso assoluto il fallimento della medesima?). E non è certo un caso, da questo punto di vista, che altra dottrina — ci si riferisce nuovamente a Palazzo — giunga a confutare il richiamo alla 'base totale' ventilando il rischio che tale base possa essere ravvisata in una fase (ad es., l'organizzazione di una rapina) ancora prodromica rispetto al momento conclusivo dell'esecuzione della condotta; un'avvertenza, a ben guardare, che, se tende, questa volta, a preservare il profilo realmente *ex ante* delle circostanze esistenti, deve però fare i conti con l'effettiva possibilità di riscontrare, oltre all'idoneità, anche il momento realmente esecutivo degli atti compiuti, od anche, in ipotesi, la loro incontestabile 'univocità' in senso obiettivo (circa tale requisito, v., in particolare, *infra*, p. 5).

E tuttavia, tale ultima opinione suona come una conferma ulteriore della difficoltà di stimare la base del giudizio assumendo come impeditivi dei fattori che non sembrano propriamente in grado di escludere, in forza di tale base, la possibilità dell'offesa. In altri termini — ed ampliando ulteriormente lo sguardo — non è azzardato affermare come uno tra gli equivoci più ricorrenti in tema di idoneità appaia quello di scambiare la possibilità (o meno) di un esito *già suscettibile* di venire stimata sulla 'base' delle circostanze con quella che soltanto la

'progressione' della vicenda, a confronto con fattori potenzialmente interagenti con i suoi sviluppi finali, saranno in grado di rivelare. Cosicché, ad es., nel noto caso del previo appostamento delle forze di polizia, la base del giudizio — pur dovendo includere tale circostanza — non sempre potrà consentire di inferirne l'impossibilità del risultato: nel senso appunto che la portata impeditiva di una simile evenienza tenderà a collocarsi in un dimensione ancora 'ipotetica', per così dire, ossia riferita ad una fase di sviluppo in cui la condotta dovrà ancora 'misurarsi' con l'efficacia dell'ostacolo che si era inteso frapporre alla commissione del reato.

Se le obiezioni rivolte ad una ricostruzione 'a base totale' del giudizio di idoneità si rivelano quanto meno opinabili, ancor più evidenti appaiono, d'altronde, le ragioni a favore di tale soluzione desumibili dalla profonde incongruenze cui un giudizio a base parziale è destinato a condurre. Sia dunque consentita, a tale riguardo, un'esemplificazione volta a riassumere gli esiti ermeneutici maggiormente condivisi — fin dalle tendenze storicamente più risalenti (e messe bene in luce dallo stesso Seminara) — da parte dei fautori più o meno dichiarati del criterio della c.d. 'prognosi postuma' di lisztiana memoria.

Muovendo dal caso in cui, ad es., un ladruncolo allunghi la mano in direzione di un borsa 'verosimilmente' contenente un portafoglio o altri oggetti di valore, il tentativo, stando a tale opinione, andrebbe affermato, nonostante che quella borsa fosse poi risultata completamente vuota. D'altra parte, vi sarebbe tentativo, anche qualora l'atto, pur non apparendo idoneo secondo l'*id quod plerumque accidit*, si rivelasse tale in virtù di circostanze peculiari, di cui l'agente era a conoscenza: ad es., trattandosi di una persona affetta da un'eccezionale forma di allergia a certi tipi di bevande (ad es., a quelle contenenti derivati del latte), e il soggetto ne fosse al corrente, l'atto consistente nell'offrirle alla vittima predestinata darebbe senz'altro luogo ad una condotta di tentativo. Ampliando ancora la prospettiva: una volta ammesso che lo sparo di un'arma da fuoco venga ad integrare un tentativo, laddove apparisse verosimile il raggiungimento dello scopo, la circostanza che il soggetto fosse munito di un invisibile giubbotto antiproiettile — pur rendendo impossibile l'offesa — non impedirebbe l'esistenza dell'idoneità della condotta. Qualora, viceversa, tale giubbotto fosse ben visibile, siffatta idoneità verrebbe a mancare, anche laddove l'autore fosse erroneamente convinto che il proiettile potesse ugualmente penetrare quello schermo protettivo. Tuttavia, dandosi il caso che quel mezzo di protezione fosse difettoso, e che di tale circostanza, a prima vista del tutto inverosimile, l'autore fosse nondimeno a conoscenza, ecco che il requisito in esame tornerebbe nuovamente a configurarsi.

L'impressione che si trae da simili affermazioni non può non destare alcune perplessità. Cercando di coglierne il momento unificante, è difficile non convenire sul fatto che lo scenario ipotizzato è destinato a rivelare l'accentuazione di una logica generalpreventiva in cui il punto di vista dell'autore è destinato invariabilmente ad incidere sulla base del giudizio. Vale a dire: se questi annetteva rilevanza a circostanze (solo) apparentemente esistenti, la sua condotta dovrà considerarsi idonea; laddove, poi, questi conferisse rilevanza a fattori pur verosimilmente mancanti (ma poi rivelatisi esistenti), l'idoneità non potrà essere negata; infine, qualora l'esito apparisse chiaramente inverosimile, mentre l'autore supponeva irragionevolmente il contrario, egli potrà, bensì, meritare l'impunità, ma soltanto perché, a ben vedere, la sua supposizione, di fronte ad una condotta palesemente inadeguata, difficilmente potrebbe sostanziare — come accorta dottrina non ha mancato di sottolineare — la stessa esistenza di un dolo in senso strettamente psicologico (tale non essendo un atteggiamento che, in quanto smentito *ictu oculi* dal contesto dell'azione, finisca col distaccarsi e 'dissociarsi' completamente dal 'fatto' che dovrebbe supportarlo). Nella migliore delle ipotesi, dunque, a giocare un ruolo realmente fondante sarà il profilo soggettivo del tentativo; il che avverrà, in definitiva, anche nella seconda tra le situazioni ora considerate; vero è che in essa il soggetto conosceva la 'realtà' obiettiva, ma l'elemento dell'idoneità, pena il rischio di disarticolare la coerenza interna della concezione in esame, dovrebbe comunque ricollegarsi proprio a tale conoscenza, come dimostra il rilievo secondo il quale, ove tale conoscenza mancasse, il suddetto requisito dovrebbe, questa volta, ritenersi escluso.

Come si vede, il quadro delle valutazioni collegate ad una base 'parziale' di giudizio (pur se arricchita, in ipotesi, delle 'conoscenze' del singolo agente) finisce con l'assumere — ad onta delle premesse — una dimensione tutt'altro che rassicurante; la quale, per di più, lascia emergere *a fortiori* la propria curvatura in chiave soggettivistica, laddove si consideri che la dottrina prevalente, in un settore per molti versi contiguo, tende a respingere la ben nota teoria della c.d. 'causalità adeguata', in ragione della sua incapacità di offrire un paradigma esplicativo che non risulti 'inquinato' dalle logiche della colpevolezza. Quest'ultima, del resto, secondo i principi generali, presenta l'intrinseca vocazione di costituire — non già il fondamento, bensì — il *limite* essenziale della tutela: e potrà dunque svolgere un simile ruolo a condizione di non fungere da perno della rilevanza del tentativo; semmai, come si è osservato poco sopra, essa dovrebbe contribuire ancor più incisivamente a tale limitazione, in virtù di quella 'selezione'

interna alle forme del dolo che ne giustifichi la proiezione teleologica verso un fatto rimasto incompiuto.

Torna opportuno, alla luce di simili rilievi, toccare anche il problema del rapporto tra tentativo e funzioni della pena; un tema che Seminara riesamina a più riprese, con lodevole acribia, nel corso dell'illustrazione delle differenti tendenze che hanno caratterizzato l'evoluzione della fattispecie tentata. Senza potere in questa sede sviluppare un'indagine esaustiva a tale riguardo, non appare tuttavia fuori luogo richiamare l'idea — evocata, tra gli altri, da Antolisei (e sia pure sulla base di premesse differenti da quelle finora delineate) — secondo la quale il teleologismo della sanzione e la sua corrispondenza al disvalore del fatto meritano di essere considerate largamente coincidenti con la *ratio puniendi* alla base del reato consumato; di questa, per vero, lo stesso tentativo, una volta configurato nella sua dimensione più rigorosa (sul piano sia oggettivo che soggettivo) sembra ripetere i medesimi connotati qualificanti, sia pur rivisitati in sintonia con un fenomeno carente degli sviluppi integrali del fatto lesivo.

Ad esaltare un simile collegamento concorre, del resto, la circostanza, rilevata in apertura, in base alla quale il tentativo non costituisce, per così dire, un modello d'incriminazione 'per tutte le stagioni': non tanto e non solo nell'ottica della crescente tendenza (di cui si fa, peraltro, acutamente interprete lo stesso Seminara) a circoscriverne in futuro la rilevanza a delitti di più accentuata gravità, quanto perché il suo 'campo d'elezione' sembra tuttora più strettamente collegato alle fattispecie riferite ad interessi 'individuali', considerando la difficoltà di riconoscere il valore euristico delle formule (pur diverse tra loro) sinora escogitate nell'ambito dei settori che si sono andati sviluppando sotto la pressione incalzante della 'modernità' (o postmodernità).

4. *'Probabilità' o 'possibilità' del fatto? I rapporti tra la base del giudizio e le fasi di sviluppo dell'*iter criminis.

Ma veniamo adesso a svolgere qualche rilievo ulteriore a favore della postulata rilevanza di un criterio di tipo 'possibilistico' nel misurare le *chances* di realizzazione del fatto.

Anzitutto, non appare un caso che la prassi applicativa — com'è stato osservato — appaia sovente poco propensa, o quanto meno esitante od incerta, nel prendere una posizione dichiaratamente rivolta ad accreditare una valutazione in senso rigorosamente 'probabilistico' della verificazione dell'offesa. Le ragioni di una simile tendenza non appaiono, a ben guardare, difficili da comprendere. Pensiamo soltanto al caso 'classico' di un tentativo di omicidio. A voler adottare la seconda soluzione, il fatto di puntare un fucile verso una persona ad una

distanza considerevole — in ipotesi, da parte di un soggetto non particolarmente esperto nel maneggiare armi da fuoco — dovrebbe indurre il giudice a decretare l'impunità dell'autore, in ragione della presenza di *chances* quantitativamente ridotte del successo dell'azione intrapresa. Ma è davvero plausibile negare, in un caso del genere, l'idoneità degli atti? Una volta prescelta una base 'totale' di giudizio, una volta, altresì, che si possa cogliere un'evidente 'direzione' dell'atto verso un esito specificamente individuabile, perché mai negare la punibilità di una condotta che pur faceva apparire l'evento obiettivamente 'possibile'? Una possibilità, beninteso, concretamente verificabile, sia pure *ex antea*: onde essa mancherebbe sicuramente qualora ci si limitasse a prospettare uno scenario del tutto astratto ed ipotetico (come nel caso, ad es., in cui s'intendesse colpire la vittima, ipotizzando che un improvviso colpo di vento potesse 'allungare' la traiettoria di una freccia *ex ante* incapace di coprire la distanza dal bersaglio).

Ma non basta. Le incongruenze del parametro probabilistico sono destinate ad amplificarsi nei casi in cui si tratti di valutarlo in relazione ad una condotta tuttora in corso di svolgimento (e appena più lontana dalla sua fase conclusiva), o comunque riferibile a reati privi di un evento percepibile quale sviluppo 'causale' della medesima. Si pensi al ladro che venga colto in procinto di aprire una cassaforte nella quale erano contenute delle banconote od altri oggetti di valore. Ebbene: a quale termine di relazione dovrà aversi riguardo per stimare la 'probabilità' di consumazione del reato? La risposta dovrebbe essere la seguente: non l'evento — e cioè un dato esterno alla condotta rispetto al quale sia possibile domandarsi se questa fosse idonea a cagionarlo — bensì, per l'appunto, la condotta stessa, o meglio quella sua parte non ancora giunta a compimento. Sennonché, la probabilità in questione, lungi dal poter essere desunta da dati oggettivi — chi mai potrà dire, basandosi sulle circostanze materiali, se quel soggetto proseguirà 'probabilmente' nella propria condotta? — non potrà che essere fatta dipendere dal dato puramente *soggettivo* della 'intenzione' di portare a termine il compimento del delitto. Con il che, tuttavia, l'idoneità dell'atto, una volta 'trasferita' sul piano psicologico, finirebbe col perdere il suo ruolo primario di identificare la dimensione oggettiva della condotta di tentativo. Ne deriva, allora, che a connotare oggettivamente quest'ultimo, non potrà essere, a ben vedere, un giudizio in termini di idoneità-probabilità, quanto, piuttosto, la sola, essenziale, constatazione della concreta *possibilità* di prosecuzione della condotta; se quella cassaforte poteva essere aperta con gli strumenti a ciò destinati, se essa conteneva quelle banconote (e se dunque queste potevano essere sottratte), si sarà accertato quanto basta per caratterizzare obiettivamente il tentativo punibile.

In definitiva, l'idoneità degli atti — com'era stato giustamente avvertito in sede di redazione del già menzionato Progetto Grosso — non può che atteggiarsi nei termini di quella 'non inidoneità' della condotta, quale figura attualmente nella ben nota disposizione sul reato 'impossibile' (cfr. art. 49, 2° comma, c.p.); se quella cassaforte, per riprendere l'esempio dianzi prospettato, non poteva essere comunque aperta con gli strumenti disponibili, ecco allora che, essendo impossibile il compimento del reato, verrà a mancare, per logica connessione, l'idoneità degli atti, e con essa anche l'esistenza di un fatto punibile a titolo di tentativo.

5. *Atti univoci, atti esecutivi, atti 'pretipici'; il ruolo dell'art. 49, 2° comma, c.p.*

Il richiamo alla norma sul reato impossibile offre, d'altronde, come si vedrà tra breve, un significativo spunto ermeneutico per poter cogliere anche le caratteristiche del secondo (per quanto logicamente preliminare) requisito del carattere esecutivo e/o 'univoco' degli atti compiuti.

L'importanza dell'analisi circa il grado di sviluppo dell'*iter criminis* appare giustamente sottolineata nell'ampio studio di Seminara. In esso, per vero, viene finalmente evidenziato come l'attenzione riposta dalla dottrina sull'idoneità offensiva della fattispecie tentata abbia indotto non di rado a trascurare un profilo che, nel quadro della genesi storica delle problematiche del tentativo, si era posto quale fulcro essenziale nella ricerca dei limiti della punibilità. Apprezzabili si rivelano, altresì, i timori del nostro Autore verso l'inclusione nella sfera della punibilità del c.d. 'conato remoto', alla quale non appare estraneo lo stesso pensiero di Carrara in materia di delitto tentato. Anche se — è difficile negarlo — tutto sta ad intendersi in merito a tale nozione; per vero, nella misura in cui essa venga ad includere al suo interno gli atti c.d. 'pretipici', non per questo si potrà considerarla come ragione e fondamento di una loro indiscriminata irrilevanza. Semmai, andrà osservato come l'individuazione dell'univocità degli atti non possa prescindere da un apprezzamento in concreto — caso per caso — circa la loro 'direzione' offensiva, sembrando inammissibile pervenire, in via del tutto aprioristica, all'affermazione o all'esclusione di quest'ultima, limitandosi a valutare in astratto ed una volta per tutte la capacità intrinseca ed 'ontologica' dell'atto in sé a mostrare o meno il suo collegamento con il risultato perseguito.

Più a fondo, deve osservarsi, a tale riguardo, come nessuna delle soluzioni in materia di tentativo possa ragionevolmente pretendere di conferire rilevanza ai soli atti rivolti al delitto in una prospettiva

rigorosamente 'unidirezionale'; nel senso che, a ben guardare, nemmeno l'adozione di una rigida visuale di tipo 'formale-obiettivo' appare in grado di denotare *eo ipso* uno specifico orientamento teleologico nei confronti di un *solo* delitto. Si pensi, a tale proposito, ad una condotta di percosse, la quale potrebbe pur sempre segnare l''ingresso' degli atti compiuti in un novero di fattispecie diverse tra loro: violenza privata 'comune', violenza sessuale, rapina, lesioni personali (venendo anch'esse a ricomprendere, come sottofattispecie legale, la violenza medesima, come si deduce *ex adverso* dal richiamo 'in negativo' del fatto di lesioni da parte della norma sulle percosse). Ed è proprio qui che si coglie, in una prospettiva più generale, l'esatta intuizione dello stesso Carrara, laddove stigmatizzava l'idea che l'univocità debba necessariamente venire stimata, *già ab initio*, rispetto ad un fine assunto come 'unico' ed esclusivo; il percorso valutativo ha da essere, necessariamente, più articolato e complesso, non essendo possibile considerare, di fronte ad un fatto non consumato, un certo 'segmento' dell'*iter criminis* come rivelatore di un nesso indefettibile con un solo risultato. In realtà, la condizione essenziale da rispettare è quella secondo cui la direzione dell'atto non può essere soddisfatta in base alla sola intenzione perseguita: e ciò, dal momento che un simile requisito rischierebbe di venire riferito anche a un atto 'preparatorio', il quale è appunto tale in quanto, oggettivamente, inespressivo rispetto ad un ambito di possibili sviluppi (sia pur) relativamente circoscritto. E d'altronde, è proprio la medesima preoccupazione che spinge la dottrina più consapevole (includendo in essa lo stesso Seminara) — che pur ripudia la tesi formale-obiettiva — ad accreditare una soluzione materiale-obiettiva incentrata sulla rilevanza (oltre che degli atti parzialmente tipici) delle sole condotte che 'precedono immediatamente' l'esecuzione; di queste, invero, potrà e dovrà predicarsi l'illiceità, dal momento che il loro modo di atteggiarsi offre sufficienti garanzie di una delimitazione del quadro fenomenico obiettivamente assumibile come fondamento di un tentativo.

A tale stregua, resta tuttavia da domandarsi se, anche in una prospettiva *de lege ferenda*, si debba preferire il richiamo all''esecuzione' del fatto (ed a quelle condotte che immediatamente la precedano) — come conclude Seminara — ovvero se si debba continuare a far leva sul parametro dell'univocità. Il problema, dopo quanto si è detto finora in merito a tale requisito, è destinato probabilmente a sdrammatizzarsi. Semmai, come si è notato in altra sede, le due qualificazioni potrebbero anche meritare una loro previsione congiunta: nel senso che, mentre la prima verrebbe in certa misura a 'segnare' l'ingresso nell'area dell'illiceità, la seconda potrebbe suonare come un richiamo ad approfondire, alla luce degli elementi di contesto, il nesso 'teleologico' degli atti esecutivi con il delitto da imputare; non senza, beninteso, trascurare

l'ulteriore profilo dell'accertamento del dolo, nella misura in cui questo non appaia rivolto a surrogare l'elemento obiettivo del tentativo, bensì a consentire l'individuazione in via definitiva del delitto (o dei delitti) oggetto del medesimo, laddove si venga a conoscere quale (o quali) di essi, specificamente, il soggetto mirasse a realizzare.

Ma, si dirà a questo punto: esistono o meno nel nostro sistema altre disposizioni che lascino emergere con ancor più chiara evidenza la necessità di valutare la direzione degli atti alla stregua di una connessione rigorosa con la 'tipicità' del fatto? Ebbene, a noi sembra che a tale scopo venga a svolgere un ruolo non trascurabile proprio il modello normativo del 'reato impossibile' (art. 49, 2° comma, c.p.); quel modello, per l'appunto, che nel momento stesso in cui contribuisce a definire la dimensione prognostica del giudizio (in termini, cioè, di possibilità del risultato), sembra, allo stesso tempo, recare in sé anche l'esigenza, logicamente preliminare, di conferire alla direzione dell'atto una fisionomia atta a circoscriverne obiettivamente l'area di rilevanza. Lo stesso Seminara fornisce un'indicazione a tale riguardo, laddove ipotizza che l'art. 49 — con il riferirsi al concetto di « azione » — evochi l'ipotesi di un tentativo c.d. « compiuto ». Già in linea generale, com'è ben noto, mentre i singoli 'atti' costitutivi di un condotta non possono esprimere, in sé e per sé considerati, la dimensione tipica attribuita a quest'ultima, sia proprio 'l'azione' in cui tale condotta s'incarna ad assurgere al piano di rilevanza della fattispecie incriminatrice. Ebbene, una volta commisurata alle logiche del tentativo, non sembra incongruo ritenere, allora, che in quella 'azione' debba esprimersi pur sempre un connotato strutturale maggiormente caratterizzante il disvalore della condotta, come tale idoneo a distaccarla dall'indistinto novero degli 'atti' compiuti dall'agente; con l'ulteriore, evidente corollario che proprio tale circostanza porterà ad identificare nell'azione un contegno che possa dirsi, quanto meno, strettamente ed univocamente collegato alla fase esecutiva dell'*iter criminis*.

Di ciò costituisce, a ben guardare, ulteriore conferma la circostanza che l'art. 49, 4° comma contempli, per l'ipotesi del reato impossibile, l'applicabilità di una misura di sicurezza, *sub specie* di libertà vigilata. Ed invero, trattandosi di irrogare una sanzione, per quanto dotata di caratteristiche peculiari, appare in linea di principio inaccettabile (a parte la controversa eccezione in materia di istigazione e di accordo, *ex* art.115 c.p., influenzata dallo spirito repressivo del codice nei confronti della criminalità 'collettiva') ch'essa possa venire applicata a qualsiasi atto — anche preparatorio — sia pur rivolto alla commissione di un delitto: mentre, all'opposto, tale sanzione ben si concilia con il carattere fortemente ravvicinato (ed univoco) dell'atto compiuto rispetto alle componenti del fatto tipico del reato avuto di

mira dal destinatario della medesima. In sostanza, la disposizione in esame merita di essere opportunamente valorizzata nel definire la soglia di rilevanza della 'direzione' (obiettiva) della condotta di tentativo; con l'ulteriore avvertenza secondo la quale — una volta contestata, in accordo con l'opinione dominante, l'idea di ravvisare nell'art. 49, 2° comma un *quid aliud* rispetto al tentativo — parrebbe fondato assumere il concetto di 'azione' come un'espressione di sintesi volta appunto a designare lo stesso requisito che l'art. 56 evoca attraverso il richiamo agli 'atti non equivoci' (da leggersi, eventualmente, in correlazione con quel carattere 'tipico' o *immediatamente* 'pretipico' di tali atti, che in una futura riforma dovrebbe trovare un più esplicito riconoscimento).

6. *Il trattamento penale del tentativo e la disciplina del reato impossibile: tra presente e futuro.*

Senza pretendere di esaurire le molteplici problematiche del tentativo, sembra tuttavia opportuno gettare adesso uno sguardo sulla questione inerente al regime sanzionatorio applicabile a tale 'forma' del reato.

A questo proposito, i rilievi svolti da Seminara in favore di una minore gravità del delitto tentato appaiono difficilmente contestabili, anche in una prospettiva *de iure condendo*; ed invero, come osserva l'Autore, verso tale soluzione convergono in egual misura, sia motivazioni collegate al principio del « diritto penale del fatto », sia la postulata necessità di valorizzare i rapporti tra il tentativo e la categoria del « bene giuridico » assunta nella sua accezione politico-garantista, in linea con il 'volto' dell'illecito penale quale risulta dalla lettera e dallo spirito di fondo della nostra Carta costituzionale. Da tale punto di vista, l'equiparazione tra tentativo e consumazione — per quanto accolta nella tradizione di un sistema penale evoluto quale quello francese — tradisce inevitabilmente le suggestioni di una declinazione in chiave soggettivistica del fondamento della punibilità: laddove appare invece necessario, come conclude l'Autore, che « la dosimetria sanzionatoria » venga ad esprimere una « precisa opzione » a favore di una « nozione di reato, inteso come fatto colpevole ma anche lesivo », ossia tale da non risultare fondato sul solo « disvalore di condotta ».

D'altronde, nemmeno parrebbe ammissibile una totale equiparazione di trattamento, anche a fronte dell'esistenza di una condotta non punibile, perché inidonea a produrre il risultato. Si vuol dire, in altri termini, che, alla stregua dello stesso ordinamento vigente, non sembra che tutte le ipotesi di reato impossibile possano giustificare l'eventuale applicazione di una misura di sicurezza. Invero, tra i casi di inidoneità del tentativo possono figurare anche quelli in cui l'autore, pur di fronte

alla 'evidenza' dell'incapacità offensiva dell'atto — come nel caso, ad es., di chi confidasse nella morte di una persona grazie alla trafittura di un coltello scagliato a duecento metri di distanza — giungesse ad ipotizzare uno scenario totalmente surreale ed inverosimile. In tale ipotesi, per vero, è da dubitare, come già si adombrava poc'anzi, che l'atteggiamento dell'agente — di fronte ad una simile forma di crassa e 'grossolana' supposizione (per seguire la formula tedesca con cui si consente al giudice di ridurre od escludere la pena) — possa esprimere l'esistenza di un vero e proprio 'dolo del fatto'; e si può forse aggiungere come appaia quanto meno problematico riscontrare, addirittura, l'esistenza di un'univoca 'direzione' dell'atto (e quindi di una 'azione'), sembrando ardua la pretesa di valutare tale connotato rispetto ad uno sviluppo destinato a rivelarsi del tutto immaginario.

Opinando diversamente, persino l'etichetta di 'quasi-reato' apposta al fenomeno descritto dall'art. 49 finirebbe col perdere, del resto, la sua — per quanto incerta — capacità denotativa. La locuzione 'quasi' suggerisce, invero, una relazione di prossimità con i contenuti di un illecito, un fenomeno, in altri termini, che aspira a collocarsi in una dimensione teleologicamente contigua ad un comportamento incriminato. Soltanto in questa prospettiva, può giustificarsi, in effetti, la possibile adozione di una misura, la quale, per quanto diversa dalla pena, postula in linea di principio l'esistenza di un reato: e che non può tollerare, pertanto, che, pur mancando quest'ultimo, la sanzione prevista vi si allontani a tal punto da condurre ad esaltare in via esclusiva la 'pericolosità' di chi non abbia, quanto meno, integrato dei requisiti (oggettivi e soggettivi) consentanei ad una valutazione *lato sensu* 'assimilativa' a quella propria del tentativo punibile. Ne deriva, in conclusione, che tale misura — di cui Seminara, alla luce dell'adesione ad un giudizio a 'base parziale', auspica, coerentemente, l'abolizione in una futura riforma — sembra, piuttosto, destinata, almeno in prevalenza, a riferirsi proprio alle situazioni che non lascino apparire inverosimile la realizzazione del fatto, pur quando, alla stregua di un giudizio 'a base totale', l'idoneità della condotta si riveli, ciò nondimeno, oggettivamente inesistente.

Un atteggiamento troppo benevolo nei confronti dell'autore di un tentativo? C'è chi non ha mancato di sottolinearlo, esprimendo il timore di un 'indebolimento' eccessivo del sistema nei confronti di condotte suscettibili di generare pur sempre un significativo turbamento ed allarme sociale presso la collettività. D'altra parte, come osserva Seminara, sarebbe assai poco auspicabile che, a fronte di una marcata restrizione della sfera della punibilità, le esigenze di tutela avvertite nella comunità sociale arrivassero a suggerire l'introduzione di un più ampio novero di fattispecie volte a colmare possibili lacune, attraverso

l'ampliamento delle figure di pericolo presunto o l'incremento di forme di attività 'preparatoria' autonomamente incriminate.

Sennonché, come si è detto più volte, il tentativo manifesta un intrinseco collegamento con un gruppo di ipotesi normative a contenuto assiologicamente definito; mentre il campo di elezione delle figure di pericolo astratto — come pure, ad es., dei modelli di tutela anticipata volti a contrastare il crimine organizzato — impingono, in realtà, in una sfera di interessi (e di fenomeni lesivi) a ben più ampio raggio, al cui cospetto le tecniche repressive tradizionali (ivi incluse quelle collegate al tentativo) sono destinate a rivelarsi tendenzialmente inadeguate. Il che non significa, peraltro, a differenza di quanto taluni oggi sostengono, che simili sviluppi possano segnare un'attenuazione delle più classiche garanzie proprie del diritto penale, purché accompagnata da una rigorosa giurisdizionalizzazione dei percorsi applicativi delle misure adottabili; invero, quelle garanzie dovranno necessariamente investire qualsiasi scelta sul piano politico-criminale, con la conseguenza che eventuali difficoltà nel preservarle e salvaguardarle dovranno allora condurre a rinunciare a simili interventi, pur quando se ne possano temere esiti socialmente indesiderabili.

Il discorso, giunti a questo punto, rischierebbe, tuttavia, di portare troppo lontano. Semmai, e restando sul terreno del tentativo, i segnalati timori potrebbero, in una futura riforma, trovare una risposta maggiormente efficace, come si è talora ipotizzato, postulando, in caso di tentativo inidoneo, l'applicazione di una misura di sicurezza — eventualmente, la stessa libertà vigilata — dotandola, tuttavia, di contenuti dissuasivi di maggior 'peso' e consistenza rispetto a quelli che la disciplina attuale permette al giudice di conferire al regime delle prescrizioni imposte al soggetto pericoloso.

Ma è venuto ormai il tempo di concludere queste brevi riflessioni sul delitto tentato, sviluppate alla luce delle molteplici suggestioni a livello dogmatico, storico-comparatistico, e politico-criminale generate dalla poderosa ricerca di Sergio Seminara: una ricerca, la quale, peraltro — è doveroso ricordarlo — si estende a profili d'indagine ulteriori rispetto a quelli esaminati finora; tra di essi, basti soltanto rammentare la controversa definizione dell'ambito di rilevanza proprio del 'reato putativo', il quale offre all'Autore l'occasione di penetrare ancor più a fondo nei gangli essenziali della tematica del tentativo, mostrando la sua spiccata sensibilità verso una ricostruzione in chiave garantista dei fenomeni collegati all'argomento trattato, ed il suo impegno dialettico nel contrastare i rischi di un malcelato ritorno a logiche repressive condannate dal tribunale della storia. Quella storia, per l'appunto, che appare davvero la protagonista indiscussa dell' intera opera del Nostro, ed al cui interno il pur mutevole susseguirsi degli indirizzi sul piano

scientifico e politico-criminale pare assumere, tuttavia, un andamento di carattere essenzialmente 'ciclico' e ricorsivo, che non permette allo studioso realmente consapevole di adagiarsi su di una visione 'lineare' e progressiva delle singole opinioni e delle scelte operate a livello legislativo.

SERGIO SEMINARA

1. « Che ci vuole a scrivere un libro? Leggerlo è la fatica » (Gesualdo Bufalino, *Il malpensante. Lunario dell'anno che fu*, Milano, Bompiani, 1987, p. 110).

Mi permetto di dissentire parzialmente dal grande scrittore, poichè per scrivere il libro sul tentativo ho impiegato molto tempo e profuso grande impegno; non ho però esitazioni ad ammettere che anche leggerlo costa un notevole sforzo... e per questo va riconosciuto ogni merito a Giovanni Chiodi e Giovannangelo De Francesco.

2. Non posso che manifestare la mia gratitudine a Giovanni Chiodi per la sua recensione, elogiativa del mio lavoro oltre i suoi meriti e anzi tale da averlo reso assai più interessante attraverso una sapiente esposizione, arricchita da citazioni originali. Esposizione — voglio sottolineare — che è di storico ma anche di penalista, a un livello in cui le due dimensioni si fondono trasmettendo una sensazione di estrema labilità, se non di artificialità, delle ripartizioni cui ci costringono i nostri settori scientifico-disciplinari.

D'altra parte, lo studio storico del diritto penale dell'800 e del '900 ha conosciuto negli ultimi decenni uno straordinario impulso soprattutto ad opera degli storici (e penso ad Adriano Cavanna e Mario Sbriccoli come capifila di un movimento arricchitosi di nomi di assoluto rilievo), che ha consentito — grazie pure alle iniziative di Sergio Vinciguerra — di rimediare a gravi lacune di conoscenza.

È difficile spiegare le ragioni del disinteresse di larga parte della penalistica meno recente per la propria storia. Vorrei qui azzardare due ipotesi, il cui denominatore comune è costituito dal codice penale del 1930.

La prima è che la rifondazione del diritto penale in chiave costituzionale, avvenuta a partire dagli anni '70 del secolo scorso, ha proiettato la penalistica verso una costruzione garantistica degli istituti codicistici che poco aveva a spartire con la loro genesi immediata costituita dal codice Rocco. Con il passare degli anni, questo atteggiamento nei confronti della ricerca storica è stato rafforzato da una sorta di necessaria attualità del diritto penale, stretto tra pulsioni autoritarie e orizzonti comunitari e internazionali: alla storia si è sostituita la

comparazione e lo studio anche dei grandi temi penalistici si è tendenzialmente appiattito su un presente senza radici.

La seconda concorrente ragione è che la storia della nostra penalistica sotto il fascismo non è stata del tutto onorevole, qualunque convinzione si voglia nutrire in relazione al suo "nicodemismo" durante la dittatura. Maggiore si spinse fino all'esaltazione del diritto penale razziale, Grispigni giunse a considerare la sterilizzazione dei delinquenti sessuali come l'inveramento delle concezioni positivistiche in ordine al trattamento dei delinquenti pericolosi, Antolisei aderì all'ideologia della scuola di Kiel, rinvenendovi solo qualche esagerazione: trascurando un'ampia schiera di penalisti dedita ad approfondire insignificanti problemi della parte speciale, coloro che coraggiosamente si batterono in favore di un diritto penale liberale furono realmente pochi; e assai meno numerosi furono coloro che per le idee espresse nel ventennio subirono un allontanamento dalla docenza (tra questi sarebbe ingiusto annoverare la figura di De Marsico, che al di là delle sue responsabilità politiche fu studioso di prim'ordine e di assoluta serietà) e, soprattutto, ricevettero il biasimo della comunità universitaria. D'altra parte non va trascurato che l'Accademia, nella convulsa situazione politica del dopoguerra, dinanzi al timore di un nuovo codice penale ispirato a ideologie socialiste procedette a una glorificazione del codice del 1930, che — si diceva — con qualche limatura concernente specifiche fattispecie incriminatrici era assolutamente conforme alla nostra migliore tradizione. La ritrovata (ammesso che prima essa si fosse perduta) coesione indusse a stendere un velo sul periodo precedente, distogliendo così l'attenzione da indagini storiche.

La distanza rispetto a questi eventi consente però oggi di riprendere un cammino interrotto. Gli storici ne hanno dimostrato l'importanza e oggi sono numerosi i penalisti sensibili alla necessità di affrontare storicamente i temi della parte generale per meglio comprendere il nostro presente.

3. Giovanni Chiodi si chiede, con il suo consueto acume, se la tendenza della dottrina italiana verso una oggettivizzazione degli atti esecutivi, affermatasi già immediatamente dopo la promulgazione del codice del 1930, « non meriti comunque di essere valorizzata come indicativa di un percorso in chiave oggettiva, che pur con i suoi limiti è all'origine degli sviluppi attuali ».

Mi dispiace che tale valorizzazione non sia da me stata adeguatamente espressa, poiché l'impostazione oggettiva del tentativo anzi rappresenta il filo della nostra tradizione culturale, che ci riporta indietro nel tempo fino ai tentativi di codificazione penale per il Regno d'Italia del 1801-1810. Qui v'è però un punto sul quale vorrei richiamare l'attenzione: il fondamento di tale impostazione oggettiva è andato mutando nel tempo, passando da una dimensione politico-criminale ad

una intesa nel senso più squisitamente liberale, fino ad assumere una connotazione dogmatica variamente intesa dai cultori del metodo tecnico-giuridico e poi dai sostenitori della teoria dell'offensività. Va da sé che questo mutamento degli scopi e dei contesti ha sensibilmente inciso anche sui contenuti.

La ricostruzione storico-comparata evidenzia inoltre che le pressioni della politica criminale, se disattese dalla dottrina, vengono comunque recepite dalla giurisprudenza: rispetto all'Italia, il risultato — che non conosce confronti nel resto d'Europa — è consistito in uno scollamento radicale fra teoria e prassi giudiziaria.

La necessità di colmare questo divario — tradottosi da una parte in un garantismo talvolta esente da preoccupazioni di politica criminale e dall'altra parte in un repressivismo spesso ignaro della dimensione teorica del problema — costituisce un'urgente necessità per il penalista: ovviamente, con il contributo dello storico.

4. Passo ora alle osservazioni di De Francesco, che si muovono sul piano del diritto vigente.

La principale ragione di dissenso tra noi ha ad oggetto l'accertamento dell'idoneità del tentativo, che il mio illustre Collega vorrebbe proiettare su una base di giudizio totale, « in modo — egli afferma — che l'anticipazione della tutela possa venire, quanto meno, controbilanciata da un più rigoroso accertamento dell'insieme delle circostanze obiettivamente esistenti ».

Invero vi sarebbe da riflettere sull'esigenza di "controbilanciare" una tutela che può ritenersi anticipata solo ove si ritenga che il diritto penale ha pieno titolo per intervenire esclusivamente in presenza della già avvenuta lesione del bene giuridico. La notazione che una generale incriminazione del delitto tentato sia stata sempre presente in tutti i codici europei (con l'eccezione del codice francese del 1791, non a caso presto abbandonato) dimostra però che la tutela penale comprende la repressione dei fatti sia consumati che tentati. Onde sarebbe più corretto parlare, rispetto al tentativo, del *rischio* di un'eccessiva anticipazione della punibilità: che, ove opportunamente delimitato, non richiede "controbilanciamenti".

In questa osservazione si annida il senso profondo della contrapposizione fra la teoria della prognosi postuma — da me sostanzialmente condivisa anche se con talune correzioni — e la teoria dell'accertamento del pericolo su base totale, che De Francesco accoglie pur apportando due importanti limitazioni.

La prima consiste nel circoscrivere la base del pericolo ai fattori preesistenti all'azione, escludendo quelli che « 'partecipano' invece, per così dire, della fase dinamica »: viene così respinta l'obiezione che il tentativo, proprio per essere rimasto tale, *ex post* rivela la propria inidoneità, salvo che nei confronti di fattori integralmente sopravvenuti

e quindi compatibili con una precedente azione idonea. Il prezzo pagato per parare questa obiezione sembra però troppo elevato a causa della difficoltà di distinguere tra elementi statici e dinamici: il sistema di allarme, ad esempio, dovrebbe escludere il tentativo di furto nell'abitazione in quanto preesistente alla condotta ovvero la sua attivazione conseguente all'effrazione della porta di ingresso fa sì che esso rientri tra i fattori dinamici? E qualora si neghi « che il lieve errore di mira renda sicura l'impossibilità dell'evento », si vuole allo stesso modo negare che anche un più significativo errore (ma come tracciare la linea di confine tra errori lievi e gravi?) porti con sé l'inesistenza del pericolo? Breve: l'estromissione, dalla base di accertamento del pericolo, dei fattori appartenenti alla dinamica dell'azione appare assai complessa sul piano operativo e presenta anche una nota di incoerenza nella sua pretesa di riferire il giudizio "totale" a un momento indeterminato dell'*iter criminis*, comunque precedente l'esaurimento dell'azione.

La seconda limitazione apportata da De Francesco consiste nel negare rilevanza, ai fini della valutazione sull'idoneità del tentativo (cioè sul pericolo), a tutte le ipotesi in cui la portata impeditiva dell'ostacolo « tenderà a collocarsi in una dimensione ancora 'ipotetica', per così dire, ossia riferita ad una fase di sviluppo in cui la condotta dovrà ancora 'misurarsi' con l'efficacia dell'ostacolo che si era inteso frapporre alla commissione del reato ».

Anche questa precisazione risulta però in contrasto con la logica dell'accertamento su base totale, introducendo una selezione fondata sul momento operativo del fattore impeditivo e così convertendo la valutazione sull'idoneità della condotta in una prognosi di non impossibilità dell'evento, senza rendere chiara la consistenza del giudizio di pericolo. Nel caso del rapinatore che dalla strada fa fuoco in direzione della vittima, che si trova all'interno della gioielleria protetta da un vetro blindato, accorderemo rilevanza alla minima possibilità di verificazione dell'evento mortale legata al fatto che il proiettile penetri attraverso il punto di rottura del cristallo? E nel caso di appostamento della polizia, come stabilire l'insuperabilità dell'ostacolo per la realizzazione del reato?

La sensazione è che il criterio di accertamento del pericolo proposto da De Francesco voglia attestarsi su una terra di mezzo, ove si parla di un pericolo ... in concreto non necessariamente pericoloso, che tuttavia si vorrebbe sufficiente a evitare il rischio di eccessive soggettivizzazioni del tentativo. Viene il dubbio che siffatte soluzioni, pur suggestive, valgano ad allontanarci dall'interrogativo cruciale, concernente il fondamento dell'incriminazione del tentativo: dire che esso è punito in quanto pericoloso e affidare poi il pericolo a una possibilità anche remota di consumazione, criticando al tempo stesso la teoria della prognosi postuma, significa spostare i termini del problema senza risolverlo.

In conclusione, la teoria dell'accertamento su base totale può rivendicare una propria coerenza ove sia legata a una diagnosi condotta alla luce di tutti i fattori impeditivi della consumazione; qualora invece

si introducano limitazioni e distinzioni, essa diviene uno strumento manipolabile, che si espone a critiche analoghe a quelle cui va incontro la teoria della prognosi postuma. D'altra parte, considerando come De Francesco sembri aderire a un giudizio su base solo apparentemente totale, in quanto filtrata da una selezione tra vari fattori e ulteriormente vincolata a un concetto di idoneità coincidente con la mera possibilità — che a sua volta ha come equivalente la non impossibilità —, mi chiedo quale sia infine la distanza che separa le nostre posizioni, vista la mia adesione alla soluzione dell'impunità del tentativo nelle ipotesi di manifesta inidoneità della condotta e di inesistenza dell'oggetto.

È possibile che, tra lo stimato Collega e me, si sia inverato uno di quei contrasti ciclici e ricorsivi cui accenna lo stesso De Francesco al termine del proprio intervento.

5. Le ulteriori argomentazioni di De Francesco meriterebbero ben altro spazio di quanto sia qui consentito. Mi limiterò pertanto a trattarle rapidamente.

Quanto alla definizione normativa del tentativo punibile in prospettiva *de lege ferenda*, se io propongo di descriverlo come il fatto di « chi intraprende l'esecuzione, o si accinge a intraprenderla con atti che immediatamente la precedono », De Francesco suggerisce di aggiungere anche il requisito dell'univocità. Dubito però fortemente che tale qualificazione possa adempiere a obiettivi di maggiore determinatezza: il concetto di univocità — che storicamente nasce e si mantiene costantemente in alternativa all'esecutività — è intriso di un irrimediabile carico di ambiguità a causa della sua bivalenza sul piano dell'ontologia e su quello della prova, al punto, come è noto, da risultare riferibile sia ai più lontani atti preparatori, sia agli atti causativi dell'evento o comunque più prossimi alla consumazione. A me sembra, ma potrei ovviamente sbagliarmi, che il requisito dell'univocità degli atti, inteso da De Francesco attraverso « un apprezzamento in concreto — caso per caso — circa la loro 'direzione' offensiva », ove accostato all'intrapresa dell'esecuzione si pone come l'iterazione di un medesimo concetto.

Rispetto all'art. 49 c.p. l'illustre Collega prospetta una suggestiva interpretazione, secondo cui la nozione di reato impossibile, alla luce della sua sottoposizione alla misura di sicurezza, deve essere limitata a « situazioni che non lascino apparire inverosimile la realizzazione del fatto, pur quando, alla stregua di un giudizio 'a base totale', l'idoneità della condotta si riveli, ciò nondimeno, oggettivamente inesistente ». Ecco dunque che, rovistando tra le pieghe del sistema vigente, la teoria della base totale dell'accertamento sul pericolo tornerebbe ad avere una propria legittimazione, attraverso la distinzione fra il tentativo grossolano non punibile, il tentativo inidoneo sottoposto alla misura di sicurezza della libertà vigilata e il tentativo idoneo punibile. A sua volta, questa legittimazione si convertirebbe in una razionalizzazione del

sistema, poiché la sanzione penale verrebbe legata all'effettiva offesa per i beni giuridici, mentre il tentativo non pericoloso (individuato alla luce di una base totale) sarebbe sottoposto a misure preventive.

Evitiamo qui di indugiare sul problema generale del fondamento delle misure di sicurezza, la cui crisi è da tempo conclamata al punto che di esse non v'è traccia nei più recenti progetti di riforma del codice penale; certo è tuttavia che, soppresse le misure di sicurezza, l'intera impalcatura del ragionamento ora riportato verrebbe a crollare. Il punto più delicato è comunque un altro: mentre il tentativo grossolano si riferisce a situazioni in cui la manifesta innocuità della condotta evidenzia la stupidità dell'agente, se non la sua inimputabilità (De Francesco parla a questo proposito di « scenario totalmente surreale ed inverosimile »), nella costruzione ora in esame il tentativo inidoneo verrebbe a coprire tutte le residue ipotesi di condotta non concretamente pericolosa, anche se a causa del fattore più casuale e imprevedibile. Pure ammettendo dunque — come fa De Francesco — che la misura di sicurezza applicabile possa essere dotata di contenuti dissuasivi di maggior peso e consistenza di quelli che oggi la caratterizzano, resta però da chiedersi se questo è realmente il diritto penale che noi auspichiamo: un diritto penale che, per mantenere incontaminata la propria purezza, preferisce relegare al proprio esterno fatti pur provvisti di un elevato grado di disvalore (e produttivi, direbbe Carrara, di allarme sociale). Qui i casi sono due: o la dissuasione si concretizza mediante misure non detentive e quindi scarsamente efficaci sul piano della prevenzione; oppure essa viene realizzata attraverso misure di sicurezza detentive e ci troviamo dinanzi alla più scoperta fra le truffe delle etichette.

6. Una considerazione finale.

La decisione, presa in anni lontani, di scrivere un libro sul tentativo che desse conto della sua evoluzione nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza era dettata — oltre che da una serena incoscienza rispetto alla complessità della ricerca — dal desiderio di offrire, attraverso il materiale raccolto e ordinato, un contributo a una riflessione che non avrà mai fine, a causa dell'impossibilità di rinvenire una soluzione appagante e al riparo da qualsiasi obiezione.

Sul piano personale quella decisione si è rivelata straordinariamente utile, a causa dell'enorme arricchimento che mi è derivato dalle letture fatte. Scoprire ora, attraverso gli scritti di Chiodi e De Francesco, che l'opera non appare immeritevole agli occhi dello storico e del penalista mi rafforza nella convinzione sulla bellezza del nostro mestiere di studiosi e sulla fortuna che abbiamo avuto — a differenza delle più giovani generazioni, alle quali l'Università sta chiudendo ogni varco — di poterlo esercitare.

A proposito di...

FRANCESCO MIGLIORINO

L'ISTITUZIONE SOCIALE DELLA « MANCANZA »

(a proposito di Antonio M. Hespanha, *Imbecillitas. As bem-adventuranças da inferiodidade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume Editora, 2010)

1. Premessa. — 2. Il brusio della lingua e il discorso della storia. — 3. *Rusticitas*: un paradigma dell'*umano*. — 4. L'abito diventa corpo.

1. *Premessa.*

Prendo a prestito le parole di Pietro Barcellona che a proposito de *L'istituzione immaginaria della società* di Cornelius Castoriadis mette in evidenza come — fra psiche, istituzione sociale, immaginazione del reale e del razionale — la « dinamica del desiderio e del bisogno trovino il loro punto di partenza nella necessità per il soggetto di colmare, coprire un vuoto, una mancanza » (1).

Il libro di Hespanha ha davvero un titolo aspro, quasi un pugno nello stomaco, con i suoi segni drammatici e i suoi slittamenti semantici. L'*imbecillitas*, da sempre, si dà a vedere come debolezza dell'animo e del corpo. Per tutti, non solo per alcuni: per chi resta confinato e macchiato ai margini della Polis, e per chi — al riparo del suo *status* — guarda con orrore agli esiti 'bestiali' di una degradazione sociale.

Il sottotitolo, invece, è dolce e suadente: « Le beatitudini dell'inferiorità ». Non può non alludere ai libri sapienziali e ai Salmi, soprattutto al « Discorso della montagna » (Mt 5,1-12 e Lc 6,17-26) col suo elenco di beati: poveri in spirito, afflitti, miti, affamati di giustizia, misericordiosi, puri di cuore e operatori di pace.

Da una parte, dunque, la separazione e l'ostracismo, dall'altra, la riconciliazione voluta dall'ordine naturale del Creato. In questa polarità, riducibile solo in virtù di ardite giravolte, si costruisce la trama

(1) Edizione italiana a cura di F. Ciaramelli, presentazione di P. Barcellona, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, p. 16.

narrativa del libro di Hespanha che aggroviglia il suo lettore entro le maglie e gli incroci di un labirinto. Verrebbe da pensare al grande e sperduto Architetto della Ragione che, nel silenzio siderale dei suoi pochi giorni (solo sei), ha lasciato sulla scena il drammatico e mai risolto confronto tra le « maschere del diritto » e i « volti della vita ».

Immagini e archetipi, dunque, che hanno segnato, in maniera *radicale*, il modo in cui l'umano si è riconosciuto come tale. Senza dover chiedere spiegazioni a chi non poteva darne.

Il nostro Autore frequenta da sempre l'*immaginario* della società d'antico regime con un'inclinazione non comune a interrogare le fonti senza infingimenti o giri di parole. La sua capacità di 'costruzione' spiazza a tal punto il lettore da impigliarlo in una rete di simboli significanti che, dai lemmi del premoderno a quelli del postmoderno, cambiano continuamente di posto.

Il 'discorso' di Hespanha meriterebbe di essere discusso in un seminario di teoria della narrazione. In fondo, uno dei suoi autori prediletti, Reinhart Koselleck, con i suoi studi sulla semantica della modernità e sulla teoria dei concetti storici, in questa specifica area ha dissodato terreni mai esplorati prima.

2. *Il brusio della lingua e il discorso della storia.*

Roland Barthes ha tanti meriti. In un breve prezioso saggio del 1967 ha saputo decostruire il luogo comune secondo cui i discorsi degli storici siano « per antonomasia una descrizione del reale ». La sua era una sacrosanta critica all'impianto del positivismo e, tuttavia, lo scritto ha una portata più ampia perché riguarda la propensione autoreferenziale di ogni discorso storico: « il discorso storico non segue il reale, non fa altro che significarlo, continuando a ripetere *è accaduto*, anche se tale asserzione è sempre e soltanto l'altra faccia, il significato, di tutta la narrazione storica » (2). L'*enunciazione* di Benveniste e gli *shifters* di Jakobs servono al grande semiologo francese per denunciare quel « cortocircuito significante-referente » che — come nel messaggio fotografico — mette allo scoperto l'analogia meccanica della realtà (3).

Da qui vorremmo cominciare per mostrare la forza euristica del

---

(2) R. BARTHES, *Il discorso della storia* (1967), in *Il brusio della lingua: saggi critici IV*, trad. it., Torino, Einaudi, 1988, p. 148.

(3) Cfr. P. BERTETTI, *Opzione anti referenziale, descrizione, effetto di reale nella semiologia di Roland Barthes "Sourtout il faut tuer le référent!"*, in *Con Roland Barthes. Alle sorgenti del senso*, a cura di A. Ponzio, P. Calaferato, S. Petrilli, Roma, Meltemi 2006, p. 157 e ss.

concetto di *immagine* usato più volte da Hespanha, ma anche la sua controversa significazione. È una parola che dà il fianco a molti fraintendimenti. Di che parliamo quando usiamo la coppia *immagine/immaginazione*? Di quella forza creatrice (primaria e irriducibile) di significati collettivi grazie ai quali avviene la socializzazione degli individui, o dobbiamo rassegnarci all'idea che i « significati immaginari sociali » si costituiscano nel loro rapporto con gli oggetti considerati come loro referenti (4)? Ci riferiamo forse all'« esser già preso » di cui parla Husserl a proposito del mondo della vita (*Lebenswelt*) (5)? E ancora: alla « precomprensione » di Heidegger o agli esiti più radicali dell'ermeneutica? Qual è lo scarto tra le « forme di vita » di Wittgenstein (il *dato* che *dev'essere accettato* (6)) e l'immaginazione riflessiva (i.e. *secondaria*) di cui si serve l'*uomo interpretante* per mettere ordine e strutturare i dati dell'esperienza (7)?

Può esser utile qui ricordare la centralità del termine *Weltbilder* (immagini del mondo) di Hans Blumenberg, per non dire della *Einbildungskraft* della Terza Critica di Kant, che non è semplicemente immaginazione, ma appunto facoltà dell'immaginazione. Non sono questioni di poco conto, se si vuole davvero affrontare « il significato del significato » del pesante e soave fardello dell'*imbecillitas* nella società d'antico regime.

Il primo e denso capitolo del nostro libro, « Um pouco de teoria de História », è davvero generoso al riguardo. È come se l'Autore volesse scoprire le sue carte prima ancora di giocarle.

« Immagine » — egli scrive — rinvia all'idea di modelli organizzativi di percezione della realtà. Alla stessa maniera delle *rappresentazioni* e dei *concetti*, le *immagini* si connotano per la loro capacità strutturante e poietica nella formazione della conoscenza. Questi *immaginari* non mantengono alcun rapporto obbligato (meccanico) con l'oggettività inerte. Una pluralità di mediazioni, rifrazioni, creazioni orientano il passaggio dalla realtà alla sua rappresentazione intellettuale.

---

(4) Per CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, cit., *Prefazione all'edizione originale*, p. XXXVII e s., « l'immaginario di cui parlo non è immagine *di*. È creazione incessante ed essenzialmente *indeterminata* (sociale-storica e psichica) di figure/forme/immagini, a partire da cui soltanto si può parlare di "qualche cosa" ».

(5) Cfr. E. HUSSERL, *La crisi delle scienze europee*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1961.

(6) L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. it., Torino, Einaudi, 1995, Seconda parte, p. 195.

(7) Cfr. C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1987, p. 41.

Ma c'è di più: una volta impiantati nelle pratiche sociali, essi modellano le percezioni, le valutazioni e i comportamenti dei singoli e dei gruppi.

Per il nostro Autore, tali matrici generali di percezione e di valutazione sono costitutive del « senso comune » e si mantengono tendenzialmente coerenti grazie al discorso giuridico, che trascrive con le logiche della *Topica* le forme accettabili e accettate dai più. La *categorizzazione* sociale, dunque, come forma di istituzionalizzazione dei legami sociali, che — tra « sistema » e « ambiente » — vince la sua stessa inerzia quando è chiamata a fronteggiare nuovi interessi e nuovi assetti. Per questa via, la rielaborazione *immaginaria* della gerarchia sociale ha come esito una sorta di rivoluzione che, senza fare scorrere una sola goccia di sangue, conquista la sua Bastiglia con le parole di una nuova *categorizzazione*. « Molti nomi — lo fa giustamente rilevare Hespanha — non sono solo nomi: « intellettuale », « borghese », « proletario », « uomo », « pazzo », « rustico », sono, in aggiunta ai loro fonemi e alle loro lettere, statuti sociali per i quali si lotta, per farne parte o per uscirne ». Le categorie come piazzeforti che si conquistano o si perdono, a tal punto che la mobilità di *status*, nell'antico regime, era innanzitutto « onomastica o tassonomica » (p. 18).

Il nostro Autore fa riferimento a Koselleck e alla sua *Begriffsgeschichte* per dire: « Le categorie costituiscono, di fatto, modelli molto permanenti per dare senso ai comportamenti individuali e individualizzati [...]. Allo stesso modo in cui le strutture (virtuali) del linguaggio (*langue*) attribuiscono significato alla lingua parlata (*langage*) e agli atti linguistici (*linguistic utterances* » (p. 22). La creatività della categorizzazione è analoga a quella di un atto di parola: senza il suo radicamento nel tessuto sociale e storico della lingua, non sarebbe né possibile né comprensibile. Il che è del tutto condivisibile, salvo ammettere che si rischia di lasciare molto sullo sfondo il problema teorico dello statuto ontologico del singolare-collettivo.

Si dà forse troppa enfasi all'« autonomia » dei concetti e del discorso, si corre il rischio di ritrovarsi senza bussola nella radura di un incerto costruttivismo linguistico. A ben vedere, il *linguistic turn* di Koselleck assegna, invece, un ruolo fondamentale al linguaggio e al mutamento semantico delle categorie che sono insieme prodotto e ri-orientamento della realtà storica. D'altronde, è lo stesso Autore a citare un passaggio decisivo di *Futuro passato*: « Con ogni concetto vengono posti determinati orizzonti, ma anche i limiti di un'esperienza possibile e di una teoria pensabile [...]. Il linguaggio concettuale è un mezzo intrinsecamente coerente per tematizzare la capacità di esperien-

za e la consistenza teorica » (8). Per Koselleck, la fattibilità della storia (*Machtbarkeit*) guarda alla realtà ontologica della storia come forse mai era stata pensata prima (9).

Se volessimo provare a spiegare ai nostri studenti una questione così intricata, potremmo prendere ad esempio il concetto di « Guerra ». Senza dover ricorrere alla nozione di *Epochenschwelle* di Blumenberg (10), basterebbe l'occhio cinematografico di Stanley Kubrick che, nella persistenza di una parola così possente, fa vedere la propensione dei concetti a piegarsi ai tempi della storia (11): *Barry Lyndon* (la guerra dei sette anni) e *Orizzonti di gloria* (la prima guerra industriale) sono al riguardo una magnifica trascrizione cinematografica della Begriffsgeschichte (come « capacità di esperienza » e « dimensione teorica », appunto) (12).

---

(8) R. Koselleck, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, trad. it., Bologna, Clueb, 2007, p. 102.

(9) Come fa rilevare acutamente B. Maj, *'Was aber schön ist, selig scheint es in ihm selbst'. Intermittenza delle immagini e 'Unverletzlichkeit'*, in « Engramma. La tradizione classica nella memoria occidentale », ottobre 2010, nr. 104 (http://www.engramma.it/eOS/index.php): « Blumenberg e Reinhart Koselleck avevano molti punti in comune. Ma è stato lo storico che, nella parte moderna della voce *Geschichte* (1967) dei *Geschichtliche Grundbegriffe* — testo a lungo ignorato dallo stesso Ricœur — ha spiegato che nella seconda metà del Settecento si è formato un nuovo concetto di storia come *sostanza metafisica* e insieme soggetto, in virtù del quale per la prima volta la storia stessa appariva *fattibile dall'uomo* (*Machbarkeit der Geschichte*). Di qui un nuovo nesso temporale, in cui diventa dominante la dimensione del *futuro.* Attraverso questo varco il *prospettivismo storiografico* ha potuto trasformarsi in ideologia, in particolare nel paradigma marxista. Il modello, riassumibile anche nella formula della "*storicizzazione* del tempo" e della "*temporalizzazione* della storia", è chiaramente pensato contro lo schema della *temporalità originaria* di *Sein und Zeit* di Heidegger, esattamente come tutta la riflessione di Walter Benjamin sulle dimensioni del passato e la loro correlazione con il presente mirano a 'distruggere' la concezione heideggeriana del tempo ».

(10) Centrale nella ricostruzione di *La legittimità dell'età moderna*, trad. it., Genova, Marietti, 1992.

(11) Kubrick è fra i più acuti indagatori della violenza, e la guerra è un suo *tema*. La storiografia in certo senso lo lascia agli specialisti di storia militare, confinandolo in una zona intermedia e oscura. Non a caso è molto più l'arte — letteratura, pittura, musica — a indagarne il significato: come esempi paradigmatici, *Iliade* e *Persiani* di Eschilo, codici fondanti dell'epica e della tragedia. Del tutto ovvio, allora, che il cinema se ne sia impadronito, in chiave ora epica ora tragica (o mista).

(12) Cfr. Koselleck, *Futuro passato*, cit., p. 98: « il rigore diacronico con cui la ricerca si occupa della durata e del cambiamento di un concetto accresce la rilevanza storico-sociale dei risultati [...]. Solo in un'ottica diacronica la durata e la validità di un

Per accedere agli universi di senso della società d'antico regime non c'è ragione di contrapporre il macro al micro, le categorie alle pratiche, le strutture agli individui. Finiremmo per ricacciare la costellazione di quella esperienza nel suo buco nero, salvo poi chiedere agli storici una nebulosa quanto improbabile « capacità trans-istorica » di osservazione. Non si può non essere d'accordo con l'insistito richiamo al « decentramento del soggetto » e alla dimensione implicita (non intenzionale) della testualità: « Qualunque grande pensatore che appare qui si mostra senza galloni, ridotto a soldato semplice (ma forse più eloquente) di uno sterminato esercito anonimo ». A lasciare dubbiosi sono, però, i riferimenti a Michel Foucault.

Non v'è dubbio che nelle opere « archeologiche » degli anni sessanta (*Storia della follia, Le parole e le cose, L'archeologia del sapere*) il filosofo francese scandaglia le pratiche discorsive in cui si articola il sapere, senza però perdere di vista il tema generale delle sue ricerche: il *soggetto* e, più precisamente, le procedure di *soggettivazione*. Le regole anonime e storiche che, in un contesto sociale determinato, fissano le condizione di esistenza degli enunciati si imbattono in una molteplicità di relazioni non discorsive e di dispositivi disciplinari.

L'*a priori storico* (*a priori historique*) di Foucault ha poco a che vedere con la previsione prescrittiva di Kant, meno che mai con un soggetto trascendentale che, con la sua primazia ontologica, precede e fonda le pratiche. Il sapere implicito (*savoire implicite*) di cui si occupa (13), non è riconoscibile nell'« autonomia del discorso » che è invocato da Hespanha. Per non dire che Foucault, con i suoi continui ripensamenti e aggiustamenti, è forse l'autore meno propenso a essere assunto come icona. Basterebbe pensare al suo percorso in cui gli assi del *potere*, del *sapere* e del *soggetto* si intersecano a più riprese con profondi mutamenti prospettici.

Il problema è il rapporto tra le formazioni discorsive e le pratiche, che non sono, come pensa Hespanha, entità autonome da cui scaturirebbero le dimensioni pragmatiche e le relazioni di potere.

---

concetto sociale o politico e le strutture corrispondenti possono diventare visibili. La permanenza delle parole, in se stessa, non è un sintomo sufficiente dell'identità dei loro contenuti attraverso il tempo ».

(13) Cfr. *Michel Foucault, Les mots et le choses* (intervista con Raymond Bellour), trad. ital., in *Archivio Foucault I, 1961-1970. Follia, scrittura, discorso*, a cura di J. Revel, Milano, Feltrinelli 1996, p. 110 s.: « In una società le conoscenze, le idee filosofiche, le opinioni di tutti i giorni, ma anche le istituzioni, le pratiche commerciali e poliziesche, i costumi, tutto rimanda a un certo sapere implicito proprio su queste società ». Interrogare questo sapere « permette di evitare ogni problema di precedenza della teoria rispetto alla pratica, e viceversa ».

Per dirla con Carlo Sini, per « pratica » non si intende « qualcosa di pratico, di strumentale, di subordinato alla teoria ». Il rapporto tra teoria e prassi è il risultato di una sorta di mondo capovolto. Non c'è mai « il mondo, o un mondo, che se ne stia lì, chiuso in se stesso, cioè senza riferimento a una qualche pratica di mondo ». Da Peirce a Nietzsche, da Husserl ad Heidegger, da Wittgenstein a Foucault, si è sviluppata una riflessione della « prassi trascendentale » che è « costitutiva delle cose che la coscienza ingenua incontra di volta in volta nel mondo, prendendole come reali in sé e per sé » (14). Le pratiche non sono mai meramente pragmatiche, sono la possibilità di esistenza dei soggetti e degli oggetti di conoscenza. Viene alla mente l'innocente risposta data dal contadino analfabeta all'infaticabile neurologo Alexander Lurija che gli chiedeva di dare una definizione delle cose che trasformava e degli attrezzi che maneggiava per riscaldare la casa. Imprendibile nelle maglie della scrittura, egli si sottraeva volentieri a quella coazione che ci è, invece, così familiare, di spiegare e di definire. L'albero e i rami, la sega e i tronchi non potevano essere messi a distanza dalla sua quotidiana fatica di fare la legna, portarla in casa per poi arderla. Col suo descrivere e non definire, stava rappresentando la *pratica* di cui egli stesso era parte, insieme alle cose, alle procedure e al patrimonio *testuale* di una sapienza antica (15). Diversamente da quanto accade a noi quando esibiamo la nostra sovranità (il nostro senso estetico) nel mettere a distanza le cose: restiamo abbagliati dal *mondo* e non ci accorgiamo che ogni giorno esigiamo una apertura di senso, ogni giorno riscuotiamo un debito sociale (e culturale) in virtù delle molteplici pratiche che — insieme alle cose — ci fanno stare-al-mondo (16).

3. Rusticitas*: un paradigma dell'*umano.

Per Francisco de Vitoria, « la "mala et barbara educatio" che rendeva "insensati et hebetes" i nativi non era [...] per nulla dissimile da quella dei "rustici", che così poco si distinguevano dalle bestie » (17).

Rusticus non era mai stato un termine *neutro* e per i maestri del diritto comune « traduceva l'ignoranza, la brutalità, la malizia, ma anche la furbizia e la primitiva innocenza di tutti coloro che "vivevano fuori dalle città", di tutti coloro che, depositari solo di un sapere orale

(14) Cfr. C. Sini, *Filosofia e scrittura*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 77 e ss.

(15) Ivi, p. 65.

(16) Ivi, p. 78 s.

(17) Cfr. L. Nuzzo, *Dal colonialismo al post-colonialismo: tempi e avventure del 'soggetto indigeno'*, in « Quaderni fiorentini », 33-34 (2004/2005), p. 475.

e "rustici opere et conversatione", vivevano ai margini della testualità giuridica » (18).

Hespanha dedica un corposo capitolo a questo mondo di confine, in cui si fronteggiano oralità e scrittura, diritto comunitario e diritto ufficiale, basso e alto, terra e cielo. Un vero e proprio crocevia che si potrebbe anche assumere come una delle chiavi di lettura per provare a decifrare — nello spazio liminale della condizione umana — la funzione sociale delle inferiorità d'antico regime.

Le fonti storiche spiegano e nascondono allo stesso tempo. Ci mostrano sovente — in modo ingannevole — ciò che in esse andiamo cercando, e rimangono invece mute quando, con una certa dose di presunzione esigiamo risposte alle nostre domande (p. 141). Può persino accadere che il *verosimile* s'incarichi di colmare i vuoti e le lacune che la storia si porta appresso da sempre, a tal punto da dissimulare mitologie ed epifanie che rassicurano tanto lo storico, quanto i lettori per cui egli scrive le sue storie.

La centralizzazione della corona, la lotta agli abusi feudali, l'investitura sacra del « paterno » monarca s'incontravano — nell'*immaginario sociale* — con la pretesa dei giuristi di obliterare le periferie della giustizia. Un universo marginale che, al cospetto del formalismo del diritto comune e di quello regio, faceva valere la sua formidabile capacità di resistenza. Una vita giuridica locale, basata sull'oralità e sui rapporti comunitari, che ha lasciato poche e sperdute tracce nel grande mare della *testualità*. Un'idea di giustizia popolare che, per funzionare, faceva affidamento a procedure (non formalizzate) di rapidità ed equità, che mirava soprattutto a ristabilire — a ogni offesa ricevuta dalla comunità — l'equilibrio e la concordia tra le famiglie. Grazie anche all'occhiuta vigilanza di ascoltati « boni et graves homines » (19).

Una sorta di « sotterramento » della vita giuridica locale che, forse, è possibile riportare alla luce con gli attrezzi dell'antropologia culturale e della sociologia giuridica. Si potrebbe pensare alla distinzione tra società dominate da una matrice tradizionale (*traditionale Herrschaft*) e società governate da un sistema politico legale e razionale (*rationale Herrschaft*). Nell'ambito del diritto, il contrasto tra questi due

---

(18) *Ibidem*, ma soprattutto A.M. HESPANHA, *Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón juridica*, in *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 32.

(19) Al modo dei *testes synodales*, anche i *boni et graves homines* rinviavano agli onesti e *probabiles endoxoi* della logica aristotelica: cfr. P. VON MOOS, *Das Öffentliche und das Private im Mittelalter. Für einen kontrollierten Anachronismus*, in *Das Öffentliche und Private in der Vormoderne*, a cura di G. Melville und P. von Moos, Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1998, p. 33.

tipi di organizzazione sociale — cui si lega una dualità di organizzazione simbolica — è stato ampiamente applicato alle società emarginate dei nostri giorni, come per le favelas di Rio de Janeiro (p. 147). Ricerche di grande fascino, ma che — per quel che ci riguarda — rischiano di far parlare gli uomini del passato con parole che non potevano essere ancora dette nel loro tempo. In ogni caso, non può perdersi di vista che l'antagonismo tra pratiche giuridiche *arcaiche* e modelli di giustizia *istituzionalizzata* non genera, sempre e comunque, relazioni di radicale opposizione. Sarebbe come ammettere che le così dette « culture orali », ieri come oggi, siano una sorta di « sospensione » della « pratica della scrittura », sarebbe come attualizzare, in maniera artificiale, la « Lettera VII » di Platone. L'oralità è la figlia prediletta della scrittura, non s'era data mai a vedere prima che venisse alla vita la « pratica alfabetica » (20). Ci convince allora di più Hespanha quando — citando Fernando Bouza — scrive: « I mondi della cultura orale e della cultura scritta non si trovano isolati uno dall'altro, soprattutto perché la tradizione orale si può mantenere efficace e strutturante in seno a una cultura già dominata dall'espressione scritta » (p. 155).

A partire da questo denso e colto capitolo, vorremmo provare a vedere come la *rusticitas* sia stata assunta come paradigma per ogni altra forma di inferiorità. Rustici erano senza dubbio i selvaggi e i neri di cui si occupavano i teologi salmantini, ma anche i fanciulli riottosi a ogni forma di educazione e di incivilimento. Così come i miserabili, i poveri, i dementi, i furiosi e gli infami. Una parola performativa che contribuiva a *istituire* le cose che nominava: si applicava non solo ai grossolani, ai rudi e agli ignoranti dell'Europa cristiana; nel secolo d'oro della Conquista, si attagliava magnificamente ai nativi d'oltremare, di ogni genere e specie. Creature che portavano nel loro soma un'inquietante mistura di ferinità e di innocenza. Viene da pensare agli *homines feri* di Linneo, che — nell'aurorale stagione dell'*Aufklärung* — servirono a dimostrare che il « subumano » può accedere, con l'apprendimento delle « buone maniere », alla piena e compiuta condizione civile (cioè umana). Soprattutto, al selvaggio dell'Aveyron, che restò preda dell'insaziabile stupore dei curiosi. Diversamente dai folli, però, il piccolo sperduto ragazzo fu accolto nei salotti, fu dotato di una pensione e — ai nostri giorni — persino di un film di *François Truffaut.* Nonostante gli encomiabili sforzi del dottor Itard, il volenteroso selvaggio non uscì mai dal suo piccolo e insignificante giardino zoologico. Salvo a scoprire che dalla scienza naturale del Settecento alla scienza dell'uomo dell'Otto-

(20) Cfr. Sini, *Filosofia e scrittura*, cit., p. 22 e ss.

cento, nel frattempo si era fatta strada una spiegazione diversa (del grande Pinel): la sua era una imbecillità congenita.

Come si vede, siamo giunti a un vero crocevia. Le inferiorità dell'antico regime — dei rustici in primo luogo — rinviano a quello spazio liminale in cui l'umano si specchia nella sua natura animale e misura il bordo tagliente della sua finitudine.

Il nostro libro è stracolmo di riferimenti e citazioni testuali. Le bestie « personificate » che subivano processi nei tribunali laici ed ecclesiastici (p. 63 e ss.); i bambini che con la loro misera capacità di discernimento erano, come gli animali, soggetti all'ira e al desiderio sfrenato: « di tutti gli animali, il bambino è il più intrattabile e insidioso, un animale difficile e molto stupido » (p. 72); i prodighi, con la loro impotenza dell'anima, erano simili agli animali selvatici (p. 109); i montanari della Corsica che in compagnia solo delle bestie se ne stavano dispersi in piccoli villaggi di sei o sette misere capanne (p. 163); le donne lascive che, come le giumente, toccavano il massimo della loro perversione nei rapporti sessuali (p. 114). Insomma, uno sgangherato esercito di deboli nel corpo e carenti nello spirito, a cui il potere — col suo volto paterno e severo — elargiva protezioni e tutele.

Ci muoviamo lungo le linee di frattura in cui l'« alterità umana » s'incontra con quella « non umana ». Uno spazio metaforico in cui il discorso giuridico, coi suoi lemmi e i suoi dogmi, ha istituito alla vita l'efferato, il mostruoso, l'inumano. L'*Animale*, infatti, è direttamente coinvolto, insieme al *Divino,* nella riflessione filosofica quando questa si rivolge ai suoi propri confini. Nella costruzione del mito, gli animali hanno avuto — in tutti i sistemi di pensiero — un ruolo fondamentale di mediazione con la sfera del sacro: una funzione vitale per provare a leggere ad alta voce il libro sigillato dell'universo. L'« alterità umana » ha di mira, invece, il diverso, l'ospite, l'efferato, lo storpio, l'infame, il folle. Una alterità, però, che si confonde a volte con quella « non umana », sicché la « questione animale » entra volentieri in scena come elemento rafforzativo di una opposizione che si fa tanto più radicale quanto più l'*Altro* sfugge alle maglie del riconoscimento.

Al confine fra umano e inumano operano due strategie distinte: l'analogia e l'opposizione. Sarebbe però un errore pensare a procedure che si escludono vicendevolmente. I giuristi, da sempre, sono stati abilissimi nel combinarle insieme, propendendo ora per l'una ora per l'altra. Non allo scopo di escludere (oggi useremmo rimuovere) il « perturbante », ma per « nominarlo » e catturarlo nelle maglie del diritto.

Per Horkheimer e Adorno, « l'idea dell'uomo, nella storia europea, trova espressione nella distinzione dall'animale. Con l'irragionevolezza dell'animale si dimostra la dignità dell'uomo ». L'animalità enun-

cia una differenza, è la demarcazione dell'umano e nell'umano, il suo limite e il suo specchio oscuro (21). Un « ciclo maledetto », come l'ha definito Levy-Strauss (1962), che è servito per escludere degli uomini da altri uomini e per costruire un umanesimo riservato a minoranze sempre più ristrette. La disumanizzazione dell'*altro* spesso passa attraverso la sua *animalizzazione*, ma questa a sua volta è possibile in quanto si sia operata una preliminare *bestializzazione* del mondo animale, con le armi del dominio e della reificazione (22).

Alla fine, potremmo dire che la « domesticazione » di rustici, indigeni, donne, minori, prodighi e folli si sia avvalsa dello straordinario patrimonio di esperienza che, da sempre, si costruisce nello spazio liminale in cui l'umano si fronteggia col lato oscuro della sua animalità.

4. *L'abito diventa corpo.*

Ordine e armonia, gerarchie e *status* sono gli orizzonti di mondo dell'uomo premoderno. L'ordine in quanto struttura « evoca la costanza, la fissità, l'immodificabilità, la regolarità ». Il *mutamento*, all'opposto, mette in discussione l'assetto, è un'intollerabile « sfida nei confronti delle forme, delle strutture consolidate ed ordinanti » (23). Per l'uomo medievale non si dà unità se non come connessione gerarchica di parti diseguali. « L'ordine sociale è un momento di un ordine universale e ripete in se stesso la logica gerarchica della totalità ». In questa visione, però, le singole parti sono anche momenti di un'indissolubile unità; parti di un corpo che vive della disuguaglianza, ma anche della solidarietà dei suoi componenti (24).

Hespanha dà in proposito una magnifica descrizione dei quadri mentali che, nella fitta rete della comunicazione sociale, s'incaricavano di conferire ordine e significato all'attività dell'uomo (25).

---

(21) M. Horkheimer e T.W. Adorno, *Dialettica dell'Illuminismo*, trad. it., Torino, Einaudi, 1966, p. 262.

(22) Cfr. A. Rivera, *Una relazione ambigua. Umani e animali, fra ragione simbolica e ragione strumentale*, in *Homo sapiens e mucca pazza*, a cura di A. Rivera, Bari, Edizioni Dedalo, 2000, pp. 5-67.

(23) P. Costa, *Ordine, mutamento, secolarizzazione: un'ipotesi interpretativa*, in *La dislocazione della religione lungo l'epoca moderna*, Catania, CeSIFeR, 2003, p. 11.

(24) Ivi, p. 14, che fa altresì rilevare come la metafora del corpo venga applicata « alle più diverse realtà sociali e istituzionali per sottolinearne il carattere unitario ».

(25) Z. Bauman, *Cultura come prassi*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1976, si avvale dei contributi più significativi della teoria dell'informazione e della semiologia per rappresentare la cultura come attività volta alla strutturazione del mondo umano. Per

In una società profondamente cristiana, la narrazione della creazione svolgeva un ruolo strutturante e ispirava la teologia politica dell'età medievale e moderna. Un Dio comunicativo, che era insieme principio regolatore e cibernetico, aveva dotato gli enti fisici e quelli morali di un'intrinseca natura relazionale. La condizione umana non era fatta da individui isolati e socialmente indifferenziati. C'erano padri, figli, professori, scolari, donne, laici, chierici, insieme con prodighi, dementi, rustici, selvaggi e poveri. Al di fuori e all'interno della condizione di *imbecillitas*. Ciascuno, per la sua misera parte, era legato a tutti gli altri per mezzo di predicati e attributi, che li *segnavano* nella loro concreta *soggettività*. L'idea di un ordine oggettivo e indisponibile delle cose dominava il senso della vita, le rappresentazioni del mondo e le azioni degli uomini.

Per assecondare la Verità, il comportamento degli uomini doveva specchiarsi nella natura. La ricerca dell'armonia dalla dissonanza era il vero « sapere implicito » che guidava tutti, dai più dotti ai più infimi. Un vero capolavoro di *immaginario radicale e inconscio*. La comunità era mantenuta in vita grazie alla capacità di rendere l'altro familiare, di « trasformarlo in una persona compiutamente definita ».

Si capisce, allora, perché i segni s'incaricassero di stabilizzare il flusso sociale rendendo riconoscibili gli *status*, le diversità e le devianze (26). Come recita una glossa di Piacentino, ad ogni *status* un abito diverso: « clamis militum, purpura regum, stola clericorum vel sacerdotum, toga advocatorum, birrus rusticorum, coculla monachorum » (27). Una *trasparenza* « che i moderni scrittori di utopie avrebbero sognato come un indice di società ideale », ma che a quel tempo « era una realtà quotidiana, un effetto naturale della continua e totale apertura della vita di ogni singolo membro della comunità allo sguardo di tutti gli altri » (28).

---

questa via la cultura come prassi, di ispirazione marxiana, si incontra con l'antropologia e la sociologia, in particolare con la corrente ermeneutica inaugurata da Clifford Geertz. Il risultato è significativo: « La cultura non è un insieme di particolarizzazioni della funzione comunicativa incorporata nel linguaggio, ma è invece il linguaggio che si trasforma in uno dei tanti strumenti dello sforzo generalizzato di ordinare portato avanti dalla cultura come un tutto » (p. 146).

(26) Cfr. M. DOUGLAS, *Come pensano le istituzioni*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1990, p. 141 ss.

(27) Ed. E. CONTE, *Tres Libri Codicis. La ricomparsa del testo e l'esegesi scolastica prima di Accursio*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1990, p. 158.

(28) Cfr. Z. BAUMAN, *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 2007, p. 53.

Siamo al cospetto di fenomeni *strutturali* di lunga durata. Come fa osservare il nostro Autore, « la precomprensione della società come un tutto ordinato di parti autonome e diverse costituiva la matrice esplicativa del modo di essere delle strutture istituzionali », a tal punto che lo stesso concetto di « debito » si inscriveva nell'ordine naturale che legava fra loro le creature e rendeva *necessarie* le loro reciproche relazioni, specchio e rappresentazione della sapienza, della volontà e dell'infinita bontà del Creatore (p. 52).

Se il mondo era il regno della diversità, ogni singola creatura acquisiva una disposizione stabile, vestiva una foggia di *habitus* che non poteva non corrispondere alla sua funzione naturale. Una costellazione di *status* che guardava all'imperfezione come a uno specifico luogo nell'ordine del mondo (29). Si può ben capire, allora, che il Male (il *nemico assoluto*) non fosse il dissimile, ma il simile pervertito e deviato. Il mito della trasparenza lasciava sul campo le sue crepe e dava a vedere una storia senza storia. Nell'autunno del medioevo, la lunga durata di cui parla Hespanha, si infrange insieme con le sue collaudate forme di controllo sociale. Gli uomini si sentono come soffocare da una generale condizione di angoscia che lascia presagire poteri sinistri e nemici invisibili: « uomini senza signore », vagabondi e poveri d'ogni risma eludono le maglie di un incespicante sistema di sorveglianza e insinuano il timore per una dimensione sconosciuta dell'esistenza. Il perturbante (*unheimlich*), con la sua seducente modernità, irrompe sulla scena del mondo (30).

Non è una discontinuità di poco conto, che nel racconto del nostro libro è lasciata in ombra, così come non si dà il giusto rilievo alla cultura della *simulazione/dissimulazione* e della « restrizione mentale » (31). A ben vedere, invece, a partire dal XVI secolo si aprono linee di frattura nella *épisteme* dell'uomo medievale. Mi riferisco a un nuovo regime di segretezza nella vita pubblica e alla dubbiosità della coscienza. Si tratta di tre avvenimenti capitali che concorrono a dislocare il luogo della verità dal medium linguistico al teatro e alla scena del corpo. Nel cono d'ombra della segretezza barocca si comincia a porre il problema di scandagliare l'interno attraverso l'esterno. In due autori minori del sec. XVI, Scipione Chiaramonti e Giovanni Bonifacio, emerge per la prima volta un problema cruciale dei saperi moderni. Ci

---

(29) Cfr. anche A.M. Hespanha, *Las categorías del político y de lo jurídico en la época moderna*, in « Ius fugit », III-IV (1994-1995), p. 86 e ss.

(30) Cfr. Bauman, *La decadenza degli intellettuali*, cit., p. 53 e ss.

(31) Cfr. in proposito M. Turrini, *Fiducia e restrizione mentale (secoli XVII-XVIII)*, in *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, a cura di Paolo Prodi, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 219-233.

si chiede se sia operante una frattura tra l'interno (ciò che non si vede, ciò che è nascosto) e l'esterno (ciò che si manifesta, ciò che appare). Comincia a serpeggiare il sospetto dell'impossibilità (o almeno, della difficoltà) di rendere trasparente l'invisibile e di leggervi come in un libro aperto attraverso segni, cifre e corrispondenze canoniche. Si individua persino uno scarto tra l'esplicito e l'implicito dei discorsi, tra *quello che si dice* e *ciò di cui si parla*, tra l'enunciato e l'enunciazione (32).

Dinanzi alla naturale inclinazione degli uomini alla simulazione e al nascondimento, Bonifacio individua nella gestualità del corpo una sorta di lingua naturale in cui è possibile leggere, meglio che nel comune parlare, « i più segreti pensieri, i più celati affetti degli animi ». Per questa via il corpo, per la prima volta, diventa il teatro della verità. Questa diversa sensibilità non potrebbe intendersi al di fuori della copiosa trattatistica sulla simulazione e sulla dissimulazione che si impegna a consigliare al principe e al cortigiano le regole della *Ragion di Stato*, le forme oneste e necessarie dell'arte di governo. La simulazione cinque e seicentesca non è più — come al tempo di Tommaso d'Aquino — il registro dell'errore né tanto meno una variante della menzogna. Se la verità è tanto più insondabile quanto più il segreto si inscrive nel cuore dell'uomo e nelle leggi della natura, si rendono allora necessarie tecniche più agguerrite per stanarla. La coscienza, per la prima volta, fa irruzione nel teatro del diritto.

Ma, torniamo al nostro libro, che più volte raffigura un universo di *status* che annichilisce la concretezza corporea dei singoli: « Di fronte a questa molteplicità di stati, la materialità fisica e psicologica degli uomini scompare. La persona non corrisponde più a un sostrato fisico, ma passa a costituire l'ente che il diritto crea per ogni aspetto, ogni fattezza, situazione o stato in cui un individuo gli si presenta ». Di fronte alla molteplicità dei corpi sociali, la materialità (fisica e psicologica) degli uomini si frantuma fino a dissolversi. La persona non trova più il suo *naturale* sostegno e rimane *incorporato* nell'ente che il diritto crea per ogni situazione: « la realtà giuridica decisiva, la vera persona giuridica, è questo stato, che è permanente, e non gli individui, transitori, che gli conferiscono momentaneamente un volto ». Alla fine, « l'abito si fa corpo » (p. 59).

Francamente, mi pare ci sia una rilevante differenza tra i *muti attaccapanni* che erano il frutto dell'astrazione del Codice (33) e gli

---

(32) Su questi temi cfr. le dense e colte pagine di A. FONTANA, *Il vizio occulto. Cinque saggi sulle origini della modernità*, Ancona, Transeuropa, 1989, pp. 15-21.

(33) Cfr. P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 29: « milioni di individui, ai quali la soppressione delle strutture comunitarie

uomini d'antico regime, che — in virtù dei loro *habitus* e dei loro privilegi (*iura singularia*) — erano *classificati* entro i recinti di uno *status* determinato.

Nel tentativo di individuare il fondamento dell'incapacità di folli e prodighi, la tesi di fondo del libro è che la teoria della personalità giuridica, sin dal finire del secolo XVIII (sic!), si sarebbe associata a quella della capacità, nella sua duplice accezione di *Rechtsfähigkeit* (capacità giuridica) e di *Handlungsfähigkeit* (capacità d'agire): « Per l'antropologia filosofica e politica della modernità, libertà di volere e capacità di intendere erano inseparabili, a tal punto che la volontà razionale e la libertà degradata non erano nemmeno volontà né libertà, ma passione e tirannia delle passioni e degli istinti », dal momento che « il modello individualista e contrattualista della società aveva [ormai] abbandonato l'idea che i diritti e i doveri provenissero dalla natura e aveva stabilito come principio fondatore degli obblighi e delle prerogative sociali un atto di volontà dichiarata e razionale » (p. 83).

Ciò avrebbe dato origine a una concezione unitaria del soggetto di diritto (*teoria unitária da personalidade*) che, spostando il fulcro dei diritti dallo *status* alla persona, fece della volontà e della ragione la condizione essenziale, tanto della titolarità quanto dell'esercizio dei diritti. È pregevole il tentativo di evidenziare come l'antico regime vedesse la questione della capacità inscindibilmente legata agli stati e, anche per questo motivo, non avesse un atteggiamento marcatamente discriminatorio nei confronti della follia, considerata come una delle tante peculiarità dell'essere umano. L'affermarsi del paradigma liberale, invece, nel valorizzare volontà e ragione, avrebbe definitivamente privato i folli della loro « specialità », ponendoli al di fuori del vincolo politico e relegandoli alla condizione di incapaci e interdetti.

Non è chiaro, invece, perché l'Autore abbia scelto di giustapporre l'opera di François-Emmanuel Fodéré, medico neanche tra i più celebri della Francia di fine Settecento, a quella dei giuristi portoghesi, le cui teorie avrebbero segnato — per motivi diversi — una « involuzione » della teoria generale della personalità, datata mezzo secolo prima. L'opera di Correia Telles colloca la trattazione sugli incapaci nell'ambito del diritto di famiglia, Coelho da Rocha, invece, riconduce la questione agli stati delle persone. Per Hespanha, si dovrà attendere il primo codice civile del 1867 perché la teoria unitaria della personalità

---

dell'*Ancien Régime* aveva irrimediabilmente sottratto ogni possibilità di identificazione sociale, e che in questo senso erano spaesati e disorganizzati, di colpo divennero attori di un gioco che li trascendeva, possibili destinatari di diritti e di obblighi, potenziali titolari di rapporti giuridici [...]. Come una lunga serie di *muti attaccapanni* in attesa di possibili cappotti ».

sia recepita in Portogallo e acquisisca un carattere pregiudiziale rispetto a tutte le relazioni giuridiche. Questo si può ben condividere, ma resta il pesante fardello di quell'abito che si fa corpo.

Non v'è dubbio che, nel linguaggio del diritto, l'ambivalenza tra l'uomo e il suo ruolo non sia mai stata mai risolta né cancellata, al punto tale che « non la "nuda vita" (ciò che è sotto la maschera) otteneva disciplina, ma quanto di essa fosse ricalcato, e coincidesse, con la maschera stessa » (34). Si potrebbe anche aggiungere che « lo scarto tra la vivente concretezza dell'uomo e l'astrazione della persona [ha] segnato l'intera storia giuridica dell'Occidente, lungo l'itinerario tracciato dal suo carattere formale d'impronta romana » (35). Un « vettore concettuale di lungo periodo », che — per Roberto Esposito — si è installato alla perfezione nel cuore della modernità (36). Per incontrare compiutamente il termine « persona » come centro di imputazioni giuridiche, non basta ancora il *soggettismo giusnaturalistico*, bisogna avere la pazienza di aspettare la stagione concettualistica della pandettistica tedesca. Il diritto soggettivo, come « potere della volontà del soggetto », dopo i suoi primi incespicanti passi, trova la sua più completa sistemazione solo nella scienza giuridica dell'Ottocento tedesco.

Nonostante il concetto di capacità giuridica sia un prodotto relativamente recente, la spersonalizzazione del soggetto-uomo andrebbe retrodatata (37). Non fino al punto, però, da pensare per l'antico regime ad anacronistiche forme di astrazione concettuale.

C'è, infatti, un'intrinseca correlazione tra le procedure di individuazione e quelle di classificazione. Basterebbe solo pensare alle numerosi fonti utilizzate da Hespanha sui legami « emozionali » e « affettivi » che legavano tra loro gli attori della scena giuridica e sociale: i rapporti familiari, la *storytelling* delle culture marginali e orali, la venerazione espressa in pietà e ossequi dai figli nei riguardi dei padri, l'ausilio e il consiglio prestato dai clienti ai patroni, l'affetto (*affectus*) di gratitudine

---

(34) Cfr. E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 146 e s.

(35) Ivi, p. 149.

(36) R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi, 2007, p. 122.

(37) Rinvio volentieri alle dense pagine di P. CAPPELLINI, *Storie dei concetti giuridici*, Torino, Gappichelli, 2010, pp. 49-109. Per P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 17, nella scena della realtà l'uomo si muove nella sua nudità; nella scena del diritto l'uomo si mostra solo in quanto il diritto lo « considera », e lo riveste di uno *status*.

negli scambi *antidorali*, persino il paternalismo verso selvaggi, prodighi, minori, rustici e mentecatti.

La storia giuridica può essere letta alla luce di una ininterrotta comunicazione tra i valori e i tabù di una cultura (e di una società) e quei sistemi di *veridizione* che, con i loro saperi e i loro dispositivi, si pongono da sempre come traduzione di un senso. Instancabili nella loro ostinata inclinazione a classificare, significare, identificare. Attivissimi a scongiurare i *poteri* e i *pericoli* che da sempre si annidano nella produzione del discorso. Un portentoso congegno che delimita, incide, segna, marca, definisce quello spazio che in tanto è disposto ad accogliere alcuni in quanto esclude tutti gli altri (38). Uno spazio in cui si costituisce la *verità*, dunque, anzi un infallibile congegno grazie al quale la storia del *vero* e del *falso* scandisce i sui tempi dietro lo specchio dell'immagine sociale del sé. Si potrebbe anche dire, con Mary Douglas, che tutte le istituzioni conferiscono *identità* mediante sistemi di classificazione che sono *socialmente* controllati e *culturalmente* costruiti (39).

Bisognerebbe, allora, provare a leggere l'avvincente racconto di Hespanha in una maniera diversa: nella dialettica tra identità e alterità, tra procedure di *individuazione* e di *classificazione*.

Le figure giuridiche dell'Altro sono per gli storici una costellazione di problemi irrisolti. È possibile — tra identità e alterità — conciliare operazioni diametralmente opposte come la separazione e l'assimilazione? Quale ruolo hanno svolto le procedure di classificazione e d'individuazione nella costruzione della soggettività? Non è forse vero che nel teatro del conflitto la negazione dell'Altro equivale a riconoscerlo? Può immaginarsi una norma che non sia tale da incistarsi nello *spazio* dell'auto(*coscienza*)? È pensabile il soggetto fuori dai rapporti di dominazione e di soggezione? (40) Vale davvero la pena di vedere, anche solo di sfuggita, come e fino a che punto sia possibile guardare all'esclusione dall'*interno* dei dispositivi di controllo sociale,

---

(38) Sul punto basta solo accennare alle pagine di E. Goffman, *Asylums: le istituzioni totali*, trad. it., Torino, Einaudi, 1961, e di Douglas, *Come pensano le istituzioni*, cit.

(39) *Ibidem.*

(40) Ci limitiamo qui a ricordare il saggio di Roberto Finelli, che mostra le variazioni del campo concettuale entro cui, di volta in volta, identità, negazione e alterità si sono influenzate e trasformate vicendevolmente: *Riflessioni sparse su identità, negazione, alterità*, in *Scarti di umanità. Riflessioni su razzismo e antisemitismo*, a cura di F. Migliorino, Genova, Il Melangolo, 2010, pp. 13-35. Sul contributo dell'antropologia hegeliana al superamento del paradigma identitario, cfr. il recente volume della rivista « post-filosofie » III (2007), dal titolo *Riconoscimento, dialettica e fenomenologia. A duecent'anni dalla Fenomenologia dello spirito di Hegel*.

per mettere allo scoperto l'artificio della separazione fra il *dentro* e il *fuori* (41).

Gli *inferiori* che popolano le pagine di Hespanha non erano « un animale in più » fuori dai confini della Polis (42). Insieme agli altri esclusi, essi contribuivano a dare forma alla costanza, alla fissità e alla regolarità di una struttura sociale che era specchio e rappresentazione della mirabile armonia del Creato, con le sue gerarchie e le sue differenze.

Nell'età medievale « finché ognuno teneva volentieri il suo proprio posto, nessuno si sentiva particolarmente colpito dalla singolarità degli altri » (43). Quando, invece, il singolo insinuava, col suo comportamento, una dimensione sconosciuta dell'esistenza, le procedure di *classificazione* ne riducevano l'estraneità collocandolo, « per predicazione », in serie tipizzate e astratte: dal singolare-individuale al singolare-collettivo il diverso era riconosciuto come persona accettabile nella misura in cui diveniva compiutamente definito e classificato (44). L'alterità, dunque, non era mai piena e totale, la sua relazione era tanto ostile quanto necessaria, esclusione e inclusione si scambiavano continuamente di posto, come nella paradossale superficie di Moebius (45).

Le procedure di identificazione, dunque, « determinano l'individualità specificando differenze particolari, al contrario delle pratiche di classificazione che aboliscono la singolarità in nome di un'identità sistematica » (46). Sullo sfondo di tali pratiche, si sente il frastuono della lotta per il riconoscimento, grazie alla quale gli uomini in carne e ossa

---

(41) La metafora dell'*interno* e dell'*esterno* ha connotato per secoli il discorso della *modernità*, offrendo alla *visione* del soggetto uno spazio per rivendicare la piena sovranità su quanto si costituisce come *altro da sé*: sul punto, ci permettiamo di rinviare a F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 16.

(42) Prendo a prestito l'espressione da R. RORTY, *La filosofia e lo specchio della natura*, trad. it., Milano, Bompiani, 1986, p. 145.

(43) BAUMAN, *Cultura come prassi*, cit., p. 204.

(44) Cfr. D. SPARTI, *Soggetti al tempo. Identità personale tra analisi filosofica e costruzione sociale*, Milano, Feltrinelli, 1996, p. 139 e ss.

(45) Il matematico tedesco August Moebius è conosciuto come l'inventore di una figura geometrica (impensata e paradossale) che consente al dritto e al rovescio di convivere sullo stesso piano. Si tratta di un semplicissimo nastro i cui lati corti sono stati uniti dopo aver impresso a uno di essi mezza torsione. Il risultato è sorprendente: dopo aver percorso un giro, un ipotetico viaggiatore si ritrova dalla parte opposta; al giro successivo ritorna al lato iniziale. Una superficie unica, senza bordi o limiti da valicare.

(46) SPARTI, *Soggetti al tempo*, cit., p. 140.

(non i loro consunti abiti) si sono *costruiti* come *soggetti*. Nonostante le astrazioni giuridiche, ieri come oggi.

A questo scopo, teologi e giuristi sono stati i veri maestri dell'ordine dogmatico, gli interpreti autentici del rapporto tra la parola e le istituzioni, i gelosi custodi del discorso. Il nesso tra identità, riconoscimento e controllo sociale è propriamente fondato su una « distribuzione diseguale del capitale culturale »: tra quelli che, per fama e onore, hanno il potere dire ciò che vogliono dire, e tutti gli altri che aspettano di conoscere l'interpretazione della loro identità (47).

Come diceva Foucault: « l'individuo non è il vis-à-vis del potere, ma credo che ne sia uno degli effetti principali » (48).

(47) Cfr. D. SPARTI, *Oltre la politica del riconoscimento. Per una rilettura del nesso identità/riconoscimento a partire da Hannah Arendt e Stanley Cavell*, in « Teoria politica », XXI (2005), 2, p. 121 e ss.

(48) M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, trad. it., a cura di F. Ewald, A. Fontana, M. Bertani, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 33.

LUIGI NUZZO

LA STORIA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E LE SFIDE DEL PRESENTE

(a proposito di Martti Koskenniemi, *Il mite civilizzatore delle Nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Roma-Bari, Laterza, 2012)

Non è un compito semplice presentare per il lettore dei *Quaderni* il libro di Martti Koskenniemi. Il *Mite civilizzatore* del giurista finlandese non è infatti una novità e molto, o forse tutto, è stato già scritto (1). Apparso in inglese per i tipi della Cambridge University Press più di dieci anni fa, è presto divenuto un classico tra gli internazionalisti. Tuttavia, fuori dai confini disciplinari, e in particolare in una storiografia come quella italiana ancora poco attenta alla storia del diritto internazionale, il testo, ma direi tutto il percorso di ricerca di Koskenniemi, è rimasto sostanzialmente sconosciuto.

Bisogna quindi essere grati a Lorenzo Gradoni e Paolo Turrini per l'ottima traduzione e a Gustavo Gozzi per averne coordinato i lavori. Essa non solo aiuterà coloro che intendono aprire alla storia l'insegnamento del diritto internazionale, ma forse riuscirà anche a spingere gli storici del diritto italiano verso una riscoperta della storia del diritto internazionale.

Nel nostro caso si tratterebbe infatti semplicemente di un ritorno.

---

(1) Un recente bilancio del lavoro di Koskenniemi in George Rodrigo Bandeira Galindo, *Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law*, in « The European Journal of International Law », 16, 3 (2005), pp. 539-59; più in generale sul suo percorso intellettuale Emanuelle Jouannet, *Presentation Critique*, in Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 1-47; e Igniacio de la Rasilla del Moral, *Martti Koskenniemi and the Spirit of the Beehive in International Law*, in « Global Jurist », 10, 2 (2010), pp. 1-42. Tra le numerosissime recensioni de *The Gentle of Civilizer of Nations*, uno dei pochi storici del diritto che ha colto subito la "novità" del lavoro di Koskenniemi è stato Michael Stolleis con un articolo pubblicato nel quotidiano *Die Zeit*, tradotto poi in inglese nel « Nordic Journal of International Law », 73 (2004), pp. 265-67.

La storia del diritto internazionale iniziò ad essere studiata proprio in Italia all'inizio degli anni Quaranta. Ad essa si dedicò per circa un ventennio Bruno Paradisi. A lui si deve una monografia sulla storia del diritto internazionale nel medioevo, pochi anni dopo un importante testo di carattere metodologico rivolto a iscrivere il diritto internazionale nella tradizione idealista riscoprendone la dimensione spirituale, ed una serie di saggi poi riuniti nei due volumi, più conosciuti, di *Civitas Maxima* (2).

Negli stessi anni anche in Germania si cominciò a riscoprire la storicità del diritto internazionale. I suoi cultori, però, non erano storici del diritto, ma diplomatici ed internazionalisti. Come per esempio Wilhelm Grewe, un diplomatico molto vicino all'impostazione realista di Carl Schmitt e autore nel pieno del conflitto mondiale di un saggio sulle *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, poi confluito, nel 1984, in un corposo volume dal medesimo titolo, cui ha arriso grazie ad una traduzione in inglese un enorme (ma ingiustificato) successo (3). O come Arthur Nussbaum, grande comparatista dell'università di Berlino costretto all'esilio dall'avvento del nazionalsocialismo che, nel 1947, sulla linea di Grewe svolse una critica serrata alla storia del diritto internazionale intesa come *Ideengeschichte*, sottolineandone al contrario la dimensione diplomatica e pattizia (4). O infine come Carl Schmitt, un giurista con il quale chiunque voglia occuparsi di storia del diritto internazionale deve confrontarsi (5).

---

(2) Bruno PARADISI, *Storia del diritto internazionale nel medio evo*, Milano, Giuffrè, 1940; Id., *Il problema storico del diritto internazionale*, Napoli, Libreria scientifica editrice, 1944; ID., *Civitas Maxima*, *Studi di Storia del diritto internazionale*, Firenze, Olschki, 1974; di Paradisi si veda ora il profilo tracciato da Aldo MAZZACANE, in Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Miletti (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1509-10.

(3) Wilhelem GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, in « Zeitschfrit für die gesamte Staatswissenschaft », 103 (1943), pp. 38-66; 260-294; ID., *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden Baden, Nomos, 1984. La traduzione in inglese è curata da Michael Byers e pubblicata da De Gruyter. Non sembrano liberarsi dall'impostazione di Grewe né tantomeno dal fantasma di Coing e della sua *Privatrechtsgeschichte* Bardo FASSBENDER e Anne PETERS, curatori del recentissimo *The Oxford Handbook of the History of International Law*, che, pur nel rispetto degli standards del *politically correct* postcoloniale, non riescono ad evitare di costruire la voce Europa per *Epochen* e trattati e di affidarla a quattro autori rigorosamente tedeschi.

(4) Arthur NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, Macmillan, 1947.

(5) Non sfuggono a questo compito Antony CARTY, *Inter-War German Theories of International Law: Hans Kelsen and Carl Schmitt. Some Psychoanalytical and Phenomenological Perspectives*, in « Cardozo Law Review », 16 (1995), pp. 1235-95; ID., *Carl Schmitt's Critique of Liberal International Legal Order Between 1933 and 1945*, in

Nonostante l'interesse che gli internazionalisti tedeschi continuarono a manifestare tra gli anni Cinquanta e Sessanta verso la propria storia (6), la specializzazione disciplinare, la gestione del conflitto tra Occidente capitalista e mondo comunista, l'attrazione esercitata dalle Nazioni Unite e il moltiplicarsi di istituzioni internazionali assorbirono gli interessi degli internazionalisti e li allontanarono dagli studi storico giuridici (7). « For functionally oriented generation — ha scritto qualche anno fa proprio Marti Koskenniemi — the past offered mainly problems, and few solutions » (8). Alla fine degli Ottanta, però, il passato tornò ad apparire interessante e, nel passato, gli internazionalisti provarono a cercare sia le risposte alle esigenze poste da un mondo non più bipolare, sia il senso stesso della loro professione.

Lo stesso Koskenniemi fu uno dei primi ad intercettare il nuovo interesse per la storia e a sfiorarne le potenzialità in un libro molto discusso e dal titolo accattivante *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (9). Il volume non assumeva come suo oggetto la storia del diritto internazionale e i suoi protagonisti, ma semplicemente se ne serviva, come un'inesauribile miniera di argomenti in cui trovare la conferma delle proprie tesi, all'interno di un progetto rivolto alla decostruzione della struttura argomentativa del discorso giusinternazionalista. Attraverso un approccio poststrutturalista e sen-

---

« Leiden Journal of International Law », 14 (2001), pp. 25-76; Martti Koskenniemi, *International Law as Political Theology. How to read the Nomos der Erde?*, in « Costellations », 11, 4 (2004), pp. 492-511.

(6) Cfr. per esempio Georg Stadtmüller, *Geschichte des Völkerrechts*, Teil I, Hannover, Hermann Schrödel, 1951; Ernst Reibstein, *Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehere und Praxis*, B. 1; 2, Münich, Karl Alber, 1958/1963; Wolfgang Preiser, *Die Völkerrechtsgeschichte, ihre Aufgaben und Methoden*, Wiesbaden, Steiner, 1964; cfr. i bilanci di Ingo Hueck, *Völkerrechtsgeschichte: Hauptrichtungen, Tendenzen, Perspektiven*, in Wilfried Loth und Jürgen Osterhammel (Hrsg.), *Internationale Geschichte. Themen — Ergebnisse — Aussichten*, München, Oldenbourg, 2000, pp. 267-285; e Michael Stolleis, *Zur Ideengeschichte des Völkerrechts 1870-1939*, in Lutz Raphael und Heinz-Elmar Tenorth (Hrsg.), *Ideen als gesellschaftliche Gestaltungskraft im Europa der Neuzeit*, München, Oldenbourg, 2006, pp. 161-171.

(7) Cfr. Randall H. Lesaffer, *International Law and its History: The Story of an Requited Love* in Mattew Craven, Malgosia Fiztmaurice, Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law*, Nihoff, Leiden, 2007, pp. 27-42; ma cfr. sempre la lucida introduzione di Mattew Craven, *Introduction: International Law and its Histories*, p. 3 ss.; e Philip Allot, *International Law and the Idea of History*, in « Journal of History of International Law », 1 (1999), pp. 1-21.

(8) Martti Koskenniemi, *Why History of International Law Today?*, in « Rechtsgeschichte », 4 (2004), p. 61.

(9) Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (1989), 2. ed. Cambridge, Universiy Press, 2005.

sibile alle influenze provenienti dalla scuola critica di David Kennedy, Koskenniemi si prefiggeva l'obbiettivo di smontare le pratiche discorsive dei suoi colleghi. Da un lato egli negava decisamente il loro presupposto implicito, cioè l'idea che il diritto internazionale fosse oggettivo, razionale, definitivo; dall'altro metteva in discussione l'obiettività o la apoliticità degli stessi internazionalisti. Apologia ed utopia, concretezza e normatività, realismo politico e aspirazioni ideali costituiscono i poli tra quali egli vedeva oscillare eternamente il discorso giusinternazionalista e dai quali si dipanavano le diverse strategie argomentative. Allo stesso tempo quelle categorie erano anche lo strumento per svelare la loro irrisolvibile ambiguità e l'impossibilità stessa di arrivare attraverso il diritto ad una decisione assolutamente giusta. Ciò però non costituiva per Koskenniemi un limite del diritto internazionale o uno « scandalo », ma al contrario un aspetto assolutamente centrale della sua « acceptability »; una risorsa o il presupposto per un ripensamento critico del 'mestiere' di internazionalista e dell'immaginario giuspolitico liberale nel quale esso si situava (10).

Il diritto internazionale non è altro che ciò che gli internazionalisti pensano o fanno, ribadisce in più occasioni il giurista finlandese. Si tratta dunque di un sapere sociale immerso in un contesto politico, culturale, economico che ne predetermina il contenuto e di cui l'internazionalista non è un freddo ed esterno osservatore. Al contrario egli appare come un agente sociale, le cui risposte sono condizionate dall'ambiente nel quale si trova ad operare e dalle sue precise scelte morali e politiche. L'indeterminatezza del diritto internazionale non si risolveva allora, in uno sterile e paralizzante relativismo, ma poneva il giurista di fronte alle sue responsabilità, ne stimolava l'attenzione verso la teoria e la storia perché solo attraverso una salda consapevolezza metodologica e la coscienza della propria tradizione disciplinare era possibile compiere le decisioni cui si è chiamati.

Non è difficile, a mio avviso, condividere l'analisi e il progetto di Koskenniemi. In essi lo storico del diritto ritrova agevolmente temi e accenti che hanno percorso il dibattito storico giuridico europeo ben prima della caduta del muro di Berlino. Le trasformazioni politiche e l'agitato quadro sociale europeo tra la fine degli anni Sessanta e il decennio successivo del secolo scorso imposero presto alla storiografia giuridica la presa di coscienza dei limiti metodologici della loro disciplina. Gli storici del diritto più sensibili avviarono così una dura critica al tradizionale approccio dogmatico istituzionale e all'idea di verità che esso implicava; paventarono i pericoli impliciti in una ricostruzione storica in cui presupposto e punto d'arrivo si identificassero con un principio di ordine e di unità e non con una ricerca della differenza e

(10) KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, cit., p. 591.

della molteplicità, denunciarono, infine, con forza i rischi metodologici di una storia "giuridica" del diritto (11).

Nel 1989, tuttavia, quando la fine della guerra fredda sembrava dischiudere un luminoso futuro al diritto internazionale e ai suoi cantori, per la comunità dei giusinternazionalisti non fu facile accogliere l'antidogmatismo di Koskenniemi o riflettere serenamente sulla critica feroce che egli aveva avviato al progetto giuridico del liberalismo europeo o, ancora, non rimanere sospettosi di fronte alle sue aperture al postrutturalismo. Sebbene il mondo anglosassone avesse già inviato segnali importanti di un ripensamento critico del discorso internazionalista (12), il diritto internazionale era e doveva continuare ad essere una vera scienza, un sapere in grado di tradurre in concetti giuridici valori generali, la cui legittimità si fondava sulla distanza che lo separava dal mondo violento della politica e sulla capacità di costruirsi e rappresentarsi come un sistema unico, chiuso e autoreferenziale, in grado di trovare in sé la ragione immanente della propria verità. Ammetterne il carattere locale e determinato, tornare a sovrapporre dimensione politico sociale e dimensione giuridica, avrebbe significato perdere lo statuto di scientificità che così faticosamente il diritto internazionale aveva conquistato nel corso dell'Ottocento e con esso incrinare l'autorappresentazione degli stessi giuristi come scienziati.

I critici dunque non mancarono, ma paradossalmente se colsero i pericoli impliciti nella tenuta del 'sistema' a seguito di una approccio decostruzionista, nessuno sembrò rendersi conto delle potenzialità rivoluzionarie di una lettura storicamente orientata del diritto internazionale. Ciò non deve stupire. La storia ha sempre fatto parte del diritto internazionale e ha costituito una componente importante del percorso

---

(11) Per una lucida analisi dei limiti della storiografia giuridica italiana all'inizio degli anni Settanta, v. Aldo MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, « Studi Storici », 3 (1976), pp. 5-24; cfr. anche Pietro COSTA, *Semantica e storia del pensiero giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 1 (1972), pp. 45-87; Aldo SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in Democrazia e Diritto, 2 (1973); pp. 65-86; Johannes Michael Scholz, *Historische Rechtshistorie. Reflexionem anhand französische Historik*, in Id. (hrsg.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt Main, Klostermann, 1977, pp. 1-175; Antonio Manuel HESPANHA, *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978; Bartolomé CLAVERO, *Historia, ciencia, política del derecho*, in « Quaderni Fiorentini », 8 (1979), pp. 5-58. Ma vedi anche i contributi curati da Paolo Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1986.

(12) Penso in particolare a Antony CARTY, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, University Press, 1986; David KENNEDY, *International Legal Structures*, Baden Baden, Nomos, 1987, ma dello stesso Autore già *Theses about International Law Discourse*, in « German Yearbook of International Law », 23 (1980), pp. 353-91.

formativo dell'internazionalista (13). Non si deve dimenticare infatti che il progetto di costruzione scientifica del diritto internazionale, perseguito in modo particolare dai giuristi tedeschi nella seconda metà del XIX secolo, richiedeva forte consapevolezza metodologica e ampia conoscenza storica. Organizzare scientificamente il discorso giuridico significava, in altri termini, fare storia del diritto, ricostruirne e rappresentarne, attraverso l'idea di sistema, lo sviluppo storico e teorico (14). Il risultato, com'è noto, fu una storia segnata dalla Riforma e dal genio di Grozio. Una storia che ha continuato a riprodursi teleologicamente secondo uno sviluppo lineare e necessario fino ad oggi, facendo del diritto internazionale una galleria di autori/attori che sembrano condividere con noi dubbi e aspettative, o addirittura che sembrano in grado di aiutarci nel trovare le giuste risposte ai quesiti su cui ci affatichiamo.

Anche Koskenniemi ha rivolto il suo sguardo verso la storia con la convinzione che la conoscenza del passato potesse aiutare l'internazionalista a comprendere meglio sia il presente, sia il senso stesso della sua professione. Solo nella storia o meglio solo nella ricostruzione storica della disciplina, solo risituando le pratiche discorsive all'interno dei rispettivi contesti politico-sociali, riscoprendone speranze, errori e fallimenti, era possibile per il giurista finlandese restituire al diritto internazionale una tensione emancipatrice e inclusiva e combattere il pragmatismo e la deriva tecnocratica attuale (15).

Dalla teoria alla storia dunque il passaggio era necessario e la pubblicazione nel 2001 de *The Gentle Civilizer of Nation. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* ne segna il compimento. I protagonisti però rimangono gli internazionalisti e ad essi si rivolge Koskenniemi, provando, attraverso una ricostruzione storica, a spiegare come sia stata possibile la professionalizzazione del diritto internazionale

---

(13) David KENNEDY, *International law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, in « Nordic Journal of International Law », 65 (1996), pp. 385-420.

(14) Cfr. le storie sistematiche di Carl KALTENBORN VON STACHAU, *Zur Geschichte des Natur und Völkerrechts sowie der Politik*, Leipzig, Mayer, 1848; August BULMERINCQ, *Die Systematik des Völkerrechts von Grotius bis auf die Gegenwart*, Dorpat, E.J. Karow, 1858; Alphonse RIVIER, *Literarhistorische Uebersicht der Systeme und Theorien des Völkerrechts seit Grotius*, in Franz von Holtzendorff (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrechts*, *auf Grundlage europäischer Staatspraxis*, Bd. 1 *Einleitung in das Völkerrecht*, Berlin, Habel, 1885, pp. 393-523; un approccio diverso in Henry WHEATON *History of the Law of Nations in Europe and America; from the Earliest Times to the Treaty of Washington, 1842*, New York, Gould Banks & Co., 1845 e Augusto PIERANTONI, *Storia degli studi di diritto internazionale*, Modena, Vincenzi, 1869 poi *Storia del diritto internazionale nel XIX secolo*, Napoli, Marghieri, 1876.

(15) Sul punto è tornato da ultimo lo stesso KOSKENNIEMI, *A History of International Law Histories*, in Bardo Fassbender Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 943-71.

nella seconda metà dell'Ottocento e quali siano state le ragioni che negli anni Sessanta del secolo successivo hanno condotto oggi al « pragmatismo giuridico spoliticizzato » o alla « colonizzazione della professione da parte di progetti politici di natura imperiale ». In altri termini, appare opportuno a Koskenniemi « rinarrare la storia dell'ascesa e della caduta del diritto internazionale per ciò che essa potrebbe dirci non solo sul modo in cui la professione era allora praticata ma anche sulla sua situazione odierna. Spero — continua il giurista — che questi saggi possano fornire un paragone rispetto allo stato attuale della disciplina, mettendo in luce come gli internazionalisti abbiano, nel corso degli ultimi quarant'anni, omesso di cogliere le opportunità creative a loro disposizione [...] optando invece per la difesa di logore cause internazionalistiche che costituiscono ancora oggi motivo prevalente dell'adesione al diritto internazionale » (16).

Di fronte ad una simile dichiarazione l'avvertito lettore dei *Quaderni* potrebbe insospettirsi e temere che anche l'*historiographical turn* proposto da Koskenniemi non riesca a sfuggire all'irrefrenabile impulso del giurista 'positivo' di usare il passato in chiave comparativa o di leggerlo attraverso le proprie categorie. In fondo proprio l'accertamento di cosa e quanto del pensiero di un autore fosse rinvenibile nella dottrina contemporanea o potesse essere riutilizzato, è stato il presupposto metodologico di molti lavori dedicati alla storia del diritto internazionale e allo stesso tempo la causa delle infinite discussioni su chi fosse il padre di questo diritto e sulla maggiore o minore attualità dei diversi campioni in gara (17). Non solo. Anche l'analisi di importanti voci critiche verso l'ordinamento internazionale ha presentato spesso gli stessi limiti metodologici della dottrina più tradizionale e conservatrice. Giuristi che ne hanno denunciato i limiti alla fine degli anni Ottanta, come Röling, o che più recentemente ne hanno evidenziato il carattere coloniale come Anghie o che, come Kingsbury, hanno manifestato una particolare sensibilità verso le popolazioni indigene, non sono riusciti infatti ad evitare un corpo a corpo con i classici del passato e il rischio

(16) Martti Koskenniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, (2001), trad. it. Lorenzo Gradoni, Paolo Turrini, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 8.

(17) Un buon esempio della persistenza dei vecchi schemi di rappresentazione e autorappresentazione della disciplina si trova ancora una volta nell'*Oxford Handbook of the History of International Law* che si chiude con una galleria di brevi profili biografici, *peoples in portrait*, di cui non non si sarebbe sentita la mancanza e di cui non si capisce il criterio selettivo. I 'salvati' sono al-Shaybānī, Vitoria, Gentili, Grozio, Pufendorf, Wolff, Bynkershoek, Rousseau, Vattel, Kant, Hegel, Wheaton, Lieber, von Suttner, Friedrich Martens, Lassa Oppenheim, Huber, Scelle, Kelsen, Schmitt, Lauterpacht.

di scivolare nell'ovvio negandone la attualità o affermando la pericolosità insita nel loro utilizzo oggi (18).

Nel caso di Koskenniemi sospetti e timori sono in realtà eccessivi. Intento pedagogico e ancora una volta critica dell'obiettività del discorso giusinternazionalista gli permettono una narrazione fuori da schemi temporali rigidi — per intenderci le *Epochen* di Grewe o le nuove *Epochs* dell'*Oxford Handbook of the History of International Law* — e libera sia da intenti dogmatici, sia dalla coppia concettuale giusnaturalismo/giuspositivismo. Ma soprattutto lo conducono a fare della storia del diritto internazionale una storia della professione e conseguentemente ad assumere il XIX secolo come punto di inizio (19).

La disciplina non nasce infatti a Westphalia, ma si definisce nel corso dell'Ottocento all'interno del progetto liberale europeo e nordamericano. Assumendo come punto di osservazione i giuristi che nel 1869 fondarono la *Revue de droit international et législation comparée* e pochi anni dopo a Gand l'*Institut de droit international* il diritto internazionale appare l'espressione di una sensibilità giuridica nuova in bilico tra universalismo e nazionalismo, popoli e stati, aspirazioni umanitarie e impulsi coloniali. Un sapere che non poteva essere più confuso con la filosofia o con la prassi diplomatica o, ancora, essere affidato all'impegno di singoli. Al contrario era il prodotto storico della riflessione di un'*élite* di intellettuali che attraverso un rapporto organico con l'opinione pubblica interrogavano la coscienza delle nazioni civili e ne traducevano giuridicamente valori e aspirazioni.

---

(18) B.V.A. RÖLING, *Are Grotius' Ideas Obsolete in an Expanded World?*, in Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts (eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 281-299; ID., *Ius ad bellum and the Grotian Heritage*, in AA.VV., *International Law and the Grotian Heritage*, The Hague, Asser Institut, 1985, pp. 111-135; Anthony ANGHIE, *Imperialism and Sovereignity and the Making of International Law*, Cambridge, University Press, 2005, pp. 13-31; Benedict KINGSBURY, *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo: gli infedeli, gli indiani d'America e la sfida della differenza*, in *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo*, *Atti del Convegno settima giornata gentiliana* (1997), Milano, Giuffrè, 2001, pp. 11-47; ID., *Globalizzazione, sovranità e diseguaglianza*, in *Alberico Gentili nel quarto centenario del* De iure belli, *Atti del Convegno ottava giornata gentiliana* (1998), Milano, Giuffrè, 2000, pp. 79-123.

(19) Anche in questo caso non si tratta di una novità. PARADISI, *Il problema storico del diritto internazionale*, cit., aveva negato sin dal 1944 che il diritto internazionale nascesse a Westphalia. Circa quarant'anni dopo KENNEDY, *International law and the Nineteenth Century*, cit., pp. 385-420, aveva invitato gli internazionalisti a studiare l'Ottocento e alla fine degli anni Novanta Stefano MANNONI aveva pubblicato un libro, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, Giuffrè, 1999, che intercettava con intelligenza il rinnovato interesse per la storia del diritto internazionale e assumeva il 1870 come data di inizio della sua narrazione.

Koskenniemi tratteggia efficacemente i caratteri dei nuovi protagonisti, Rolin Jaequemyns, Bluntschli, Westlake, Asser, Mancini, Holtzendorff, ne sottolinea l'eterogeneità culturale e la flessibilità argomentativa, ne esalta lo spirito pratico e la forza con cui perseguirono l'obiettivo di trasformare il diritto internazionale in un sapere professionale e in una tecnica libera da intenti esegetici. « Il loro credo — si spinge ad affermare Koskenniemi, rischiando però di confondere quanto essi scrivono con ciò che fanno — consisteva non tanto in un appello alla sovranità quanto piuttosto in una critica della sovranità » (20). Il ruolo che essi riservavano alla coscienza nel processo di produzione del diritto internazionale e la relazione organica che intercorreva tra coscienza, opinione pubblica e giuristi sembrerebbe confermare la sua intuizione.

Gli Stati però, è bene precisarlo, non scompariranno mai dall'orizzonte degli uomini del 1873, né dalla vita stessa dell'Istituto. La società internazionale che essi immaginavano rimase una società di Stati anche per quei giuristi, e Mancini ne è un ottimo esempio, ferocemente critici verso la diplomazia tradizionale e le sue pratiche (21). Ma come arginarne la loro forza sovrana? Come conciliare la possibilità di esistenza di una comunità internazionale e la soggettività statale? Come spezzare l'equazione tra prassi diplomatica e diritto internazionale senza che quest'ultimo perdesse la sua positività? Richiamandosi più o meno esplicitamente agli insegnamenti di Savigny e al suo progetto di rinnovamento metodologico, a mio avviso, essi trasformarono abilmente un limite in un punto di forza e immaginarono la coscienza come la fonte principale del diritto internazionale. In altri termini la positività del diritto internazionale era assicurata, prima ancora che da trattati e consuetudini, dalla storicità in cui esso era immerso e dall'esistenza di una dimensione prestatale oggettiva e necessitata, fondata su una religione e un nucleo di valori condivisi. In essi la comunità degli Stati occidentali si riconosceva e di essi riconosceva la vincolatività.

La costruzione del moderno diritto internazionale richiedeva quindi lo sforzo collettivo di un gruppo qualificato di giuristi che si facesse interprete della « coscienza giuridica delle nazioni civilizzate », dandogli forma giuridica e orientando la prassi internazionale. I fondatori e i membri dell'Istituto si fecero carico di questo compito e si autoproclamarono organi dell'opinione pubblica.

---

(20) Koskenniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni*, cit., p. 7.

(21) Sul ruolo di Mancini nella fondazione dell'Istituto mi permetto di rinviare a Luigi Nuzzo, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt a. Main, Klostermann, 2012, p. 144 ss.; v. anche Id., *Pasquale Stanislao Mancini*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, Roma, Enciclopedia Treccani, 2012, pp. 307-11; Claudia Storti, *Pasquale Stanislao Mancini*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 1244-48.

Popolo, storia, coscienza, sistema, scienza, codificazione furono quindi le parole chiave di un progetto il cui *esprit d'internationalité*, come scrive efficacemente Koskenniemi, oscillava tra tolleranza, paternalismo e repressione ed era pronto a sostenere le pulsioni coloniali dell'Occidente.

La coscienza/consapevolezza della propria superiorità imponeva infatti agli internazionalisti della seconda metà del XIX secolo di tematizzare le relazioni con gli 'altri' e di credere nelle possibilità infinite della civiltà e del progresso. Così negli stessi anni in cui iniziava ad essere pubblicata la *Revue* e l'Istituto cominciava a lavorare, l'Africa entrava nell'orizzonte dei giuristi e li trovava a fianco dei rispettivi governi, pronti a sostenerne le ragioni. Conseguentemente, attraverso gli internazionalisti dell'Istituto e il loro impegno nell'attività di interpretazione della coscienza delle nazioni civilizzate, l'Africa fa il suo ingresso nel libro di Koskenniemi e ne domina il secondo capitolo, il più efficace nella denuncia dei limiti del progetto giuridico del liberalismo occidentale, ma forse anche quello meno riuscito. Da un lato le pagine che lo compongono presentano ancora una straordinaria importanza e continuano ad esercitare un'enorme influenza su tutti coloro (in primo luogo proprio su chi scrive) che si confrontano con il lato oscuro del diritto internazionale. In esse Koskenniemi offre un'elegante ricostruzione delle strategie argomentative utilizzate dai giuristi europei per legittimare l'occupazione dei territori africani, evidenzia l'omogeneità di fondo delle loro tesi e introduce il lettore alle diverse tradizioni giuridiche nazionali, inglese, francese, tedesca. Dall'altro non appare cogliere lo sforzo teorico che quegli stessi giuristi profusero nel tentativo di leggere i rapporti con gli Altri (tribù dell'africa subsahariana, ma anche impero ottomano, Stati orientali e nordafricani) all'interno di una rappresentazione concettuale unitaria dell'ordinamento giuridico. Lascia al lettore il compito di interrogarsi sulla relazione tra eccezionalità degli spazi e dei soggetti ed eccezionalità delle risposte giuridiche, sulle relazioni tra processo di costruzione scientifica del diritto internazionale e violenza del progetto imperialistico, o ancora sul rapporto tra diritto internazionale, diritto consolare, diritto coloniale.

Eppure come dicevo quelle cento pagine sono fondamentali.

Koskenniemi ha il merito di avere colto l'importanza del momento coloniale all'interno del discorso internazionalistico. Agli inizi del XXI secolo non era una operazione scontata. Nel disinteresse degli storici del diritto verso il diritto internazionale o verso la dimensione giuridica del colonialismo e nell'incapacità dei giuristi 'positivi' (salvo rarissime eccezioni) di vedere nel loro oggetto nient'altro che un sapere scientifico e sistematico, il lavoro migliore rimaneva un saggio scritto da Jörg Fisch, storico svizzero allievo di Koselleck, alla metà degli anni

Ottanta (22). Ma Fisch è appunto uno storico e il libro era scritto in tedesco, quindi condannato, in un mondo fortemente anglofono e autoreferenziale, a rimanere sconosciuto o ad essere presto dimenticato. Koskenniemi invece, riprendendo la lezione di Fisch, rilegge la storia raccontata nel primo capitolo da una prospettiva differente e prova a svelare l'ambigua relazione che unisce due storie apparse per troppo tempo differenti e destinate a correre parallele senza mai incontrarsi.

Riscoperta la centralità del concetto di sovranità e l'efficacia del modello Stato nella definizione del progetto coloniale del liberalismo giuridico europeo, Koskenniemi ritorna in Europa e riparte dallo Stato per aprire nuove prospettive sulla storia del diritto internazionale. Non più *l'esprit de internationalité* dei giuristi dell'istituto ma proprio il *Rechtstaat* immaginato e realizzato dalla dottrina tedesca della seconda metà del XIX secolo e il solidarismo francese e la sua l'immagine di Stato come aggregato di individui legati tra loro da una molteplicità di interessi. Si tratta di due storie (e di due metafore di un unico fallimento) che, assumendo come presupposto due modelli di statualità contrapposti, corrono parallele e si specchiano l'una nell'altra, ciascuna con i suoi campioni, ciascuna con le sue eccezioni. La prima, quella tedesca, in un arco di tempo compreso dalla fondazione del Reich all'avvento del nazionalsocialismo, conduce il lettore dall'idealismo dei primi anni Settanta al formalismo di Hans Kelsen e narra « dei ripetuti tentativi di quadrare in un ordinamento internazionale il cerchio della statualità ». In essa Koskenniemi esamina sia i rapporti tra il nuovo

---

(22) Jörg Fisch, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht. Die Auseinandersetzungen um den Status der überseeischen Gebiete vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Stuttgart, Steiner, 1984; di Fisch vedi anche la voce *Zivilization, Kultur* in Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland.* Bd. 7, Stuttgart, Klett-Cotta 1997, pp. 679-774. Tra gli internazionalisti non si può non citare C. H. Alexandrowicz, *The European-African Confrontation. A study in Treaty Making*, Leiden, Sijthoff, 1973, né ovviamente si possono dimenticare le pagine che Carl Schmitt, dedica al Congresso di Berlino ne *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello « jus publicum europaeum »* (1950), trad. it. Emanuele Castrucci, Milano, Adelphi, 1991, pp. 272-86; sempre sul problema dell'occupazione del suolo africano v. Carty, *The Decay of International Law*, cit., p. 50 ss. e Anghie, *Finding the Peripheries: Colonialism in Nineteenth-Century International Law* (1999); *Colonialism and the Birth of International Institutions: The Mandate System of the League of Nations* (2002), entrambi in Id., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit., rispett. pp. 32-114; 115-195; più recentemente Matthew Craven, *The Invention of a Tradition: Westlake, the Berlin Conference and the Historicisation of International Law*, in Luigi Nuzzo, Miloš Vec (eds.), *Constructing International Law. The Birth of a Discipline*, Frankfurt a. Main, Klostermann, 2012, pp. 363-402. Coglie la relazione diritto internazionale colonialismo Mannoni, *Potenza e ragione*, cit., pp. 103-20.

sapere giusinternazionalistico e il diritto pubblico, sia l'influenza esercitata su di esso dalla filosofia hegeliana e dal razionalismo liberale di Kant; in secondo luogo definisce la relazione tra comunità internazionale e singoli stati.

Il problema non era nuovo. La soggettività degli Stati, l'oggettività della comunità internazionale e le forme delle loro relazioni avevano costituito sin dalla riflessione di Heffter i criteri guida per la formazione di una « parte generale » e già con Kaltenborn, soggettività ed oggettività erano stati i due poli che avevano segnato l'attività dell'internazionalista impegnato nella difficile attività di mediazione tra le ragioni degli Stati e quelle della comunità internazionale, tra la difesa del principio di sovranità e il riconoscimento del superiore carattere organico della società internazionale (23).

Dopo il 1914 e ancor di più dopo il 1919, tuttavia, fu sempre più difficile per i giuristi tedeschi trovare un punto di equilibrio tra la necessaria partecipazione degli Stati ad un consorzio umano più ampio di quella porzione di popolo che essi potevano rappresentare e il mantenimento della loro altrettanto necessaria individualità, libertà, autonomia. Durante la guerra, infatti, gli internazionalisti si schierarono compatti nella difesa delle ragioni della Germania e dopo la sua conclusione attaccarono duramente le condizioni imposte dagli alleati. Nell'impossibilità dunque di vedere nella Società delle Nazioni una soluzione possibile, le strade che si aprivano loro davanti non erano molte. La prima è quella, nota, percorsa da Kelsen, che, attraverso una nuova impostazione teorica, sottopose ad una critica serrata il primato riconosciuto dalla dottrina tedesca allo Stato nazionale, rivendicando la supremazia del diritto internazionale sul diritto interno. Koskennieni, da un lato, sottolinea la tensione morale del progetto neokantiano di Kelsen e la politicità in esso implicita; dall'altro ne svela i paradossi, lasciando emergere proprio i limiti politici e l'incapacità del suo liberalismo cosmopolita di difendere i valori di cui era espressione.

La seconda strada è invece quella conservatrice, di matrice hegeliana, sulla quale si muove tra il 1911 e il 1935 Erich Kaufmann. In una rappresentazione dominata dallo Stato, il diritto internazionale per Kaufmann, poteva esistere solo come *Koordinationsystem*, cioè come accordo tra volontà sovrane che riconoscevano un interesse comune e che per questo potevano autolimitarsi attuando « 'liberamente' i comandamenti inscritti nelle 'leggi' oggettive ed eterne che dominavano l'ordine morale oggettivo » (24).

---

(23) NUZZO, *Origini di una Scienza*, cit., pp. 46-47.

(24) I testi di KAUFMANN cui Koskenniemi fa riferimento sono *Das Wesen des Völkerrechts und die clausola rebus sic stantibus. Eine rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe* (1911), Aalen, Scientia, 1964; ID., *Règles générales du*

Fuori dalla Germania, in Francia, la storia del diritto internazionale segue un altro percorso. Koskenniemi assume anche in questo caso il 1871 come data di inizio della sua narrazione, ma la disfatta francese è solo evocata. Confesso che la ragione non mi è chiara. La guerra franco prussiana occupa a mio avviso un posto centrale nelle riflessioni dei giuristi europei sui rapporti tra Stato, nazione e diritto internazionale e avrebbe permesso di riunire le due versioni, quella tedesca e quella francese, illuminando in maniera ancora più chiara le contrapposizioni che le attraversano. Non solo. La guerra entrò prepotentemente nella storia dell'Istituto e incise sul suo stesso *esprit d'internazionalité*. Nessun francese fu tra i suoi fondatori, nessun giurista tedesco partecipò alla conferenza di Bruxelles in cui veniva istituita l'Associazione per la riforma e la codificazione del diritto internazionale e forse la ragione dell'elezione di un italiano alla presidenza dell'Istituto va ricercata proprio nei veti incrociati tra francesi e tedeschi (25).

L'*esprit de internazionalité* ispirò però i lavori degli internazionalisti francesi degli anni Settanta e Ottanta del XIX secolo, Renault, Fauchille, Bonfils, Pillet, e li condusse a preferire un approccio al diritto internazionale di tipo tecnico professionale. Molto opportunamente Koskenniemi ne ricorda l'origine civilistica e la scarsa propensione alla riflessione teorica ad eccezione di Antoine Pillet che, proiettando nel campo giusinternazionalistico le critiche mosse dai civilisti più sensibili all'individualismo del codice civile, preparò la svolta sociologico-solidaristica di Bourgeois e Alvarez (26).

Il solidarismo non costituì tuttavia l'unica risposta antiformalista all'esigenza di dare una lettura giuridica alla rete di interdipendenze politiche ed economiche che univano gli Stati europei. Riproducendo lo schema già utilizzato nel capitolo dedicato all'esperienza tedesca Koskenniemi sceglie infatti due campioni e contrappone le loro analisi, diverse, ma simili nel cercare fuori dal diritto le risposte a problemi giuridici: il federalismo autoritario di Louis de Fur che vedeva nella tradizione e nell'universalismo cristiano la risposta all'individualismo e il fondamento oggettivo del diritto internazionale; e il federalismo

---

droit de la paix, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, 54, 1935 (Paris, Sirey, 1936), pp. 309-620. Una lettura di segno diverso del lavoro di Kaufmann in Antony Carty, *The Evolution of International Legal Scholarship in Germany during the Kaiserreich and the Weimarer Republik*, in « German Yearbook of International Law », 50 (2002), pp. 8-9. Cfr. ora la ricostruzione Frank Degenhardt, *Zwischen Machtstaat und Völkerbund. Erich Kaufmann (1880 -1972)*, Baden Baden, Nomos, 2008.

(25) Nuzzo, *Origini di una Scienza*, cit., pp. 155-56.

(26) Manca ancora una storia del diritto internazionale in Francia pienamente soddisfacente. Per un primo tentativo v. Emmanuelle Jouannet, *Le droit international líberal-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

solidale di George Scelle fondato sull'individuo e sull'idea che il diritto, tutto il diritto, pubblico e privato, interno e internazionale, fosse « una traduzione delle leggi oggettive della comunità internazionale » (27). Espressione delle battaglie politiche e culturali della Francia degli anni Venti e Trenta e rivolte a trovare una soluzione dei problemi giuridici fuori dal diritto, dopo la guerra furono entrambe dimenticate e i loro autori inservibili nel progetto federalista per la costruzione di un'unione europea.

Siamo alla fine degli anni Cinquanta e soprattutto siamo *au bord de la falaise*, come direbbe Chartier. Koskenniemi, con qualche sadismo, ci lascia il tempo di intravedere la caduta del mite civilizzatore in Francia e ci conduce in Inghilterra, dove attraverso la ricostruzione del percorso intellettuale e biografico di Hersch Lauterpacht ripercorre la storia raccontata nelle quattrocento pagine precedenti. Ci avviciniamo alla fine del suo lavoro, ma in realtà scopriamo che siamo giunti al suo punto di partenza. Il saggio su Lauterpacht costituisce infatti il nucleo originario del libro. Esso fu pubblicato nell'*European Journal of International Law* nel 1997 e venne poi sviluppato da Koskenniemi l'anno successivo, nelle lezioni tenute a Cambridge su invito di Elihu Lauterpacht (28).

Nell'opera e nella storia personale di Lauterpacht, ebreo della Galizia, studente a Vienna, emigrato in Inghilterra nel 1923, professore alla London School of economics e poi a Cambridge, Koskenniemi ritrova il respiro della coscienza internazionalista dei fondatori della disciplina, il loro individualismo cosmopolita, la fiducia propria del razionalismo liberale nel progresso. Di fronte alla crisi in cui versava l'Europa negli anni compresi tra le due guerre il diritto internazionale avrebbe dovuto rappresentare per Lauterpacht un argine all'irrazionalità della politica e i « valori vittoriani » ne costituivano ancora il nucleo fondante. La prima guerra mondiale aveva infatti sancito definitivamente l'inadeguatezza del positivismo giuridico e dei suoi presupposti politici, statualismo e nazionalismo. Toccava ancora una volta al giurista, educato al culto della razionalità e del liberalismo, offrire una rappresentazione unitaria del mondo e governare attraverso la costru-

---

(27) KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore*, cit., p. 406. Cfr. su Scelle Oliver DIGGELMANN, *Anfänge der Völkerrechtssoziologie. Die Völkerrechtkonzeptionen von Max Huber und Georges Scelle im Verleigh*, Zürich, Schulthess 2000; Anja WÜNST, *Das völkerrechtliche Werk von Georges Scelle im Frankreich der Zwischenkriegszeit*, Baden Baden, Nomos, 2007.

(28) Recentemente KOSKENNIEMI, *The Function of Law in the International Community: 75 Years After*, « British Yearbook of International Law », 79 (2008), pp. 353-366, è ritornato ad occuparsi di Lauterpacht e ha definito *The Function of Law in the International Community*, « the most important English language book on international law in the twentieth century » (p. 366).

zione scientifica del proprio sapere disciplinare le spinte della politica estera. Per Lauterpacht non ci sono questioni giuridiche o questioni politiche. « Nessun evento internazionale — scrive Koskenniemi di Lauterpacht (ma potrebbe benissimo essere l'opinione dello stesso giurista finlandese) — è, per sua essenza, giuridico o politico, essendo la sua caratterizzazione il risultato di una proiezione di un'interpretazione svolta da un particolare punto di osservazione » (29). Egli non è un giurista con lo sguardo rivolto nel passato. Al contrario utilizza la critica al concetto di statualità per rivendicare la centralità dell'individuo e un impegno concreto dello Stato per la tutela dei suoi interessi, e allo stesso tempo per affermare che quest'ultimi possono essere tutelati e garantiti attraverso l'interpretazione dei giudici. Il diritto, dicono ancora una volta insieme Lauterpacht e Koskenniemi, è sempre questione di interpretazione. « Il nominalismo di Lauterpacht — confessa il giurista finlandese — è anche il nostro. Il nostro pragmatismo si fonda sulla rivelazione che determinanti non sono le regole ma i professionisti che se ne occupano » (30).

Ogni scelta teorica, allora come oggi, è dunque una scelta politica, richiede un impegno del giurista nel mondo reale e conduce paradossalmente ad un pragmatismo giuridico cui è estranea ogni teoria. Queste sono le ragioni dell'empatia che avvertiamo tra biografo e biografato e questo è il percorso di Lauterpacht tracciato da Koskenniemi: controllo della politica attraverso il diritto, centralità dell'individuo e tutela dei diritti umani, individuazione nella prassi giudiziaria di uno strumento per il perseguimento della pace. Il suo ultimo lavoro, *The Development of International Law by International Court*, rivolto appunto ad esaminare la prassi della Corte internazionale ne segna il compimento e ci lascia ancora una volta sulla soglia dei fatidici anni Sessanta in attesa di scoprire da dove arriverà (e chi darà) il colpo di grazia al nostro mite civilizzatore (31).

Il titolo del sesto saggio *Fuori dall'Europa: Carl Schmitt, Hans Morgenthau e la svolta verso le « relazioni internazionali »* sembra poterci dare qualche indicazione.

Koskenniemi ricostruisce attentamente il percorso intellettuale dei due giuristi, ne sottolinea le differenze e ne evidenzia il comune sostrato antiformalista.

Partiamo da Schmitt.

Come è noto nel 1950 apparve *Il Nomos della Terra*, un libro destinato a divenire presto un classico. In esso ritroviamo i temi internazionalistici e l'approccio spaziale alla politica su cui aveva co-

---

(29) Koskenniemi, *Il mite civilizzatore*, cit., p. 451.

(30) Ivi.

(31) Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by International Court* (1934), 2 ed., London, Stevens & Sons, 1958.

minciato a lavorare a partire dalla metà degli anni venti del Novecento, senza tuttavia la carica polemica dei primi lavori (32). La storia di Schmitt raccontava l'identità perduta dell'Europa sotto i colpi del formalismo kelseniano e dell'universalismo giuridico ma esprimeva anche, nel rapporto tra *Ordnung* e *Ortnung* che assumeva come archetipo narrativo, l'auspicio di nuove linee di amicizia e con esse di un nuovo *nomos* e di un nuovo processo di suddivisione spaziale. Le rivendicazioni americane di un nuovo emisfero occidentale, l'equiparazione tra territori coloniali e territori metropolitani, il passaggio da un diritto e un ordine europeo ad un diritto e un ordine mondiale sancito dalla conferenza di pace di Parigi e dalla Lega di Ginevra, il ritorno ad un concetto discriminatorio di guerra e all'identificazione premoderna del nemico con il criminale avevano determinato, infatti, la dissoluzione del sistema politico-giuridico su cui si erano rette le relazioni europee per quattrocento anni imponevano nuovamente ai giuristi di scendere in campo. All'interno di una prospettiva che continuava ad essere spaziale Schmitt auspicava l'avvento di una « terza forza » che rompendo il dualismo « inquietante » Est/Ovest, comunismo/capitalismo aprisse nuove prospettive macrospaziali e con esse rendesse possibile l'individuazione di un principio per il loro riequilibrio e la definizione di un nuovo diritto internazionale (33).

---

(32) V. in particolare Carl SCHMITT, *Der 'status quo' und der Friede* (1925), in ID., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar, Genf, Versailles*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940, pp. 33-42; ID., *Die Kernfrage des Völkerbundes* (1926), in ID., *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, hrsg. Günter Maschke, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 73-128. L'interesse di Schmitt verso il diritto internazionale aumentò nel corso degli anni trenta cfr. i saggi raccolti in Günter Manschke (hrsg.), *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995; sul significato di *Grossraum* in Schmitt si cfr. Mathias SCHMÖCKEL, *Die Grossraumtheorie. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten reich, insbesondere der Kriegzeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 124 ss.; CARTY, *Carl Schmitt's Critique of Liberal International Legal Order between 1933 and 1945*, cit., pp. 25-36; v. sempre Carlo GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno* (1996), Bologna, il Mulino, 2010, pp. 864-77.

(33) Carl SCHMITT, *La unidad del Mundo*, in « Anales de la Universidad de Murcia », 9 (1950-1951), p. 347. Per ricomporre l'unità del mondo, tuttavia, era necessaria anche una nuova filosofia della storia intimamente cristiana che, come un nuovo *katechon*, superasse il dualismo tra la filosofia della storia marxista e il debole relativismo storico occidentale fondato sulla fede del progresso e della tecnica e offrisse una risposta ferma all'avanzata del materialismo dialettico (ivi, p. 354); v. anche Carl SCHMITT, *Drei Möglichkeiten eines christlichen Geschichtbildes*, in « Universitas », 8 (1950), pp. 927-31.

Un anno dopo la pubblicazione del *Nomos*, Hans Morgenthau dava alle stampe *In the Defense of the National Interest*. Il libro seguiva due importanti lavori apparsi nella seconda metà degli anni Quaranta e riprendeva, proiettandola nell'ambito delle relazioni internazionali, l'impostazione antiformalista di Schmitt (34). Non era la prima volta che le strade di Morgenthau e Schmitt si incrociavano. Nel 1929 nella sua tesi di dottorato Morgenthau aveva sottoposto, attraverso un approccio di tipo psicologico, ad una serrata critica il concetto di politico di Schmitt e aveva offerto una nuova lettura del rapporto tra diritto e politica nel diritto internazionale (35). Pochi anni dopo in un libro pubblicato a Parigi, ne aveva sviluppato l'analisi attaccando la contrapposizione schmittiana amico nemico e arrivando a denunciare l'inadeguatezza del diritto internazionale sia nei confronti della politica dello *status quo*, sia dell'imperialismo (36). Nel 1940, nel primo articolo 'americano' avanzò una proposta per una teoria funzionalista del diritto internazionale che svelasse i limiti del positivismo giuridico e del mito dell'autosufficienza del giuridico. Per cogliere ciò che il diritto internazionale era realmente appariva infatti necessario ricostruire il rapporto spezzato tra etica e diritto e ripensare il concetto di validità al di fuori di schemi formalistici che non tenevano conto del contesto 'reale' in cui le norme si collocavano. Dove non vi era una comunanza di interessi né un bilanciamento di poteri, scrive Morgenthau, non vi era diritto internazionale (37).

Se dunque la critica al parlamentarismo e al positivismo giuspubblicistico, la consapevolezza dei limiti del diritto internazionale e poi la denuncia del moralismo della politica estera americana e la necessità di difendere l'interesse nazionale « contro i detrattori utopisti o legalisti »

---

(34) Hans J. Morgenthau, *In the Defense of the National Interest. A Critical Examination of American Foreign Policy*, New York, Knopf, 1951. I volumi precedenti sono Id., *Scientific Man vs. Power Politics*, Chicago, University Press, 1946; *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace*, New York, Knopf, 1948.

(35) Hans J. Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, Noske, 1929; sulla definizione di politico come « concetto di intensità » e sull'influenza che esso ebbe su Schmitt v. Alessandro Campi, *Hans Morgenthau e Carl Schmitt: un bilancio critico-bibliografico*, in Hans J. Morgenthau, *Il concetto di politico. Contra Schmitt*, a cura di Alessandro Campi e Luigi Cimmino, Soveria Mannelli, Rubettino 2009, p. LXXXIV ss.; Oliver Jütersonke, *Morgenthau, Law and Realism*, Cambridge, University Press, 2010, pp. 57-68. Ma v. anche quello che scrive lo stesso Morgenthau in *Fragment of an Intellectual Autobiography: 1904-1932*, in Kenneth Thompson, Robert J. Myers (eds.), *Truth and Tragedy: A Tribute to Hans Morgenthau* Washington, New Republic Books, 1977, pp. 1-17.

(36) Hans Morgenthau, *La notion du « politique » et la théorie des différends internationaux*, Paris, Sirey, 1933.

(37) Hans Morgenthau, *Positivism, Functionalism and International Law*, in « American Journal of International Law », 34 (1940), p. 275.

(p. 536) potevano avvicinare i due giuristi le risposte che essi offrivano erano differenti. Virando decisamente verso le relazioni internazionali, infatti, Morgenthau lasciava ormai poco spazio al diritto, ridotto a « istanza di coordinamento delle relazioni internazionali al di fuori delle questioni chiave di politica estera » e « bagaglio culturale di quegli statisti prudenti che miravano a promuovere l'interesse nazionale e che ciò nonostante spingevano lentamente l'ordine internazionale nella direzione di una federazione globale » (38).

Cosa rimaneva dunque del diritto internazionale dopo l'assalto dei realisti e le 'necessità' della Guerra fredda e cosa ne rimane oggi quando l'affermarsi degli Stati Uniti come unica potenza imperiale sembra ridurre il diritto internazionale ad un banale strumento della *governance* e trasforma il giurista in un « modesto dipendente al servizio dei programmi politici dell'ortodossia »? (39)

La risposta viene, ancora una volta, dalla storia. Koskenniemi riprende nelle ultime pagine il dibattito sulla legittimità dell'intervento americano nella Repubblica domenicana nel 1965 (cui aveva affidato anche il compito di aprire il capitolo). Dà voce ai sostenitori dell'intervento, Berle e Thomas, e al suo principale oppositore, un altro esule tedesco, Wolfgand Friedmann. Per il giurista finlandese il confronto non è semplicemente tra antiformalismo e formalismo, ma tra due diverse culture, quella del *dinamismo* e quella del *formalismo*. Quando, come nel 1966, si passa dal razionalismo antiformalista al cinismo e l'obiettivo di giustificare le pulsioni imperialiste nordamericane rende irrilevante ogni argomentazione giuridica, l'unica risposta possibile può arrivare da una coscienza culturalmente educata all'universalismo e ad un approccio giuridico formalista. Non si tratta ovviamente di resuscitare Kelsen o Kant, né di dimenticare i limiti o gli insuccessi del formalismo, ma di assumere la consapevolezza che « nonostante tutto nulla è intervenuto a comprometterlo in quanto cultura della resistenza al potere, in quanto pratica sociale orientata verso la responsabilità, l'apertura nei confronti dell'altro e l'uguaglianza, il cui status resta irriducibile alle posizioni politiche assunte da qualsiasi delle parti che sollevano pretese nella sfera del diritto » (40).

Da Rolin Jaequemyns a Friedmann la storia raccontata da Koskenniemi è una lunga storia, una storia di sconfitte e di fallimenti, ma è anche una storia, nonostante tutto, piena di speranza e di fiducia nel giurista e nella sua capacità argomentativa. Una storia della professione

---

(38) KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore*, cit., rispett. p. 536 e p. 569.

(39) Ivi, p. 607; cfr. anche Martti Koskenniemi, *Global Governance and Public International Law*, in « Kritische Justiz », 37, 3 (2004), pp. 241-54; v. l'analisi di Gustavo GOZZI, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 345-58.

(40) KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore*, cit., p. 615.

che si rivolge agli internazionalisti, che li rende partecipi di una grande tradizione disciplinare e che ha il suo punto di forza nella consapevolezza dell'importanza degli obiettivi e della debolezza dei mezzi a disposizione per raggiungerli.

STEFANO SOLIMANO

IMPERIALISMO GIURIDICO FRANCESE IN DIFFICOLTÀ?

(a proposito di Antonio Grilli, *Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012)

> Etablissez le code civil à Naples, tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire, en peu d'années, et ce que vous voudrez conserver se consolidera [...]. Voilà le grand avantage du code civil [...]: il consolide votre puissance puisque, par lui, tout ce qui ne vous est pas fidéicommis tombe et qu'il ne reste plus de grandes maisons que celles que vous érigez en fiefs. C'est ce qui m'a fait prêcher un code civil et m'a porté à l'établir. Etablissez le code civil: tout ce qui vous est favorable vivra; tout ce qui vous est contraire mourra (1).

Questa missiva, inviata da Napoleone al fratello Giuseppe all'inizio dell'estate del 1806, è una di quelle più celebri e più citate dalla recente storiografia. Essa restituisce appieno la valenza strategica del codice civile all'interno del processo di *State building*. *Instrumentum regni* ad altissima densità politica il *code*, concepito simultaneamente per livellare/atomizzare la società civile, per ristrutturare lo Stato entro una prospettiva laica. Pensato, inoltre, per favorire il ceto dei nuovi proprietari che sostengono (e, a ben guardare, fondano) il potere di Napoleone (2). Paradossalmente quel *code civil* che viene progettato per

---

(1) *Correspondance de Napoléon I^er^, publiée par ordre de l'empereur Napoléon III*, XII, Paris, H. Plon, J. Dumaine, 1863, pp. 432-433.

(2) A. Cavanna, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, « Europa e diritto privato », 1 (2001), pp. 85-129; X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003; J.L. Halpérin, *Le regard de l'historien*, in *Le code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 43-58; P. Cappellini, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto* (a cura di M. Fioravanti), Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 102-127; J.F. Niort, Homo civilis. *Contribution à l'histoire du code civil français*, I, Aix- Marseilles, PUAM, 2004; P. Grossi, Code civil: *una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Il bicentenario del Codice napoleonico*, Atti dei convegni Lincei (Roma, 20 dicembre 2004), Roma, Bardi,

normalizzare la società squassata dalla turbolenta stagione giacobina esprime la stessa politica del diritto. Nel 1804 come nel 1793 « l'ordre civil » appare infatti concepito per « cimenter l'ordre politique ». Vale a dire che il diritto privato è asservito a quello pubblico (3). Un aspetto su cui ha insistito recentemente Paolo Cappellini citando le icastiche parole del Gaudemet: « Il *code Napoléon* è una Costituzione civile (borghese) perché esso non è — non soltanto e non esclusivamente — un codice (con la lettera minuscola) del diritto civile (cioè privato), ma altresì e fondamentalmente un Codice (con la maiuscola) della società civile, con lo scopo appunto di strutturare questa società, di rivelarla a se stessa, di organizzarla e consolidarla definitivamente » (4).

Orbene, se è vero che, come ha ben notato Soleil (5), nel 1804 si tratta di un disegno di ristrutturazione sociale (peraltro ben delineato nel *Discours Préliminaire* di Portalis) concepito per la sola Francia — a differenza di quanto era avvenuto nel 1793, al momento della presentazione del primo progetto di codice civile rivoluzionario, allorché Cambacérès aveva collocato il testo entro una prospettiva di rigenerazione *universale* —, è vero anche che, a partire dal 1807, prende corpo una retorica che fa leva sui caratteri scientifici del codice e sul suo 'cuore antico' (6) destinata principalmente ai nuovi paesi conquistati. Si trattava di una strategia discorsiva volta ad agevolare l'introduzione del *code civil* in Europa.

Fu assegnato a Bigot de Préameneu (nel suo celebre discorso al *Corps Législatif* per la modifica dell'intitolazione del Codice in *Code Napoléon*) il compito di spiegare che Napoleone, pur attingendo al diritto romano, era riuscito a fare meglio sia di Giustiniano, sia degli

---

2006, pp. 19-42; ID., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 140-145; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, Giappichelli, 2011.

(3) S. SOLIMANO, *Verso il code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998.

(4) P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 120.

(5) S. SOLEIL, *Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, in *Percezioni e impieghi del diritto francese come modello giuridico nell'Europa del XIX secolo*, in *Forum Historiae Iuris* (M. Meccarelli, S. Solimano, H. P. Haferkamp dir.), 2005, www.forhistiur.de; ID., *"Ces sages lois que les autres peuples s'empressent à l'envie d'adopter...". Le recours à l'étranger dans la formation du concept de "modèle juridique français"*, in « Revue historique de droit français et étranger », 86, 2, 2008, 225-244. Cfr. anche dello stesso autore *Le Modèle juridique français: recherches sur l'origine d'un discours*, in « Droits », 38, 2003, p. 83 e ss.; *La circulation du modèle juridique français entre discours et réalité depuis la Révolution*, in « Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis », 2005, p. 71 e ss.

(6) Riprendo l'immagine da U. PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I codici napoleonici. Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, Giuffrè, 2000.

stessi giuristi latini. Un diritto romano depurato e ipostatizzato perché norma senza tempo quello accolto nel *code*:

> l'Empereur a voulu que l'on conservât dans leur pureté ces règles d'équité qui, de leur nature, et surtout après les avoir dégagées des subtilités scolastiques, ne sont plus que l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le coeur des hommes et doivent, par ce motif, être immuables (7).

Insomma, il fascio di luce venne fatto cadere sul codice quale deposito di razionalità scientifica millenaria (aspetto di per sé incontestabile), piuttosto che sul codice come esito della volontà maiestatica ed 'imperialistica' dell'autocrate. E a dimostrazione del proprio assunto, Bigot prese ad esempio l'esperienza del Regno d'Italia napoleonico: « Cette vérité se trouve consacrée par l'expérience qu'il en fait dans le royaume d'Italie, où le Code Napoléon a été accueilli avec le même empressement, et où il a eu le même succès qu'en France » (8). Certo il bretone Bigot non aveva torto del tutto (9). Nel regno italiano il ministro della Giustizia Giuseppe Luosi in una sua celebre circolare inviata ai magistrati aveva in effetti fondato il discorso sulla romanità del codice (10) ma, come è noto, tale retorica era stata imposta *anche* dagli eventi, al fine di rendere meno amaro l'impatto con un *code civil* che non poteva, in realtà, essere conformato, se non minimamente, agli usi e all'*ethos* italici. La commissione istituita nel ministero milanese aveva plaudito sì al codice civile proprio perché si ispirava alla tradizione scientifica, ma ciò era avvenuto appunto con l'auspicio di poterlo rendere ancora più vicino all'esperienza giuridica italiana, una volta

---

(7) Bigot-Préameneu, *Discours devant le Corps-Législatif à l'occasion de la nouvelle édition du Code*, 22 août 1807, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, t. 1, p. CXIX e ss.

(8) *Ibidem*.

(9) Sulla duplice e ambigua valenza dell'uso del diritto romano nella retorica portalisiana v. G. Cazzetta, *Recensione* a Jean-Louis Halpérin, *L'impossible code civil*, in « Quaderni fiorentini », 23 (1994), pp. 435-43; Id., *Codice civile e identità giuridica*, cit., pp. 4-6.

(10) P. Cappellini, *Il codice eterno. La Forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 23-26; S. Solimano, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all'Unità*, in *Il bicentenario del codice Napoleonico*, cit., p. 59; Id., Le sacre du printemps. *L'entrata in vigore del* code civil *nel Regno Italico*, p. 191 e ss., in *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione*, a cura di E. Tavilla, Modena, Archivio storico, 2006, pp. 197-198; Cazzetta, *Codice civile*, cit., pp. 8-9; 96-100. Sulla figura di Luosi v. ora la ricostruzione di E. Tavilla, *La formazione di Giuseppe Luosi: un percorso* à rebours, in *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo*, cit., pp. 35-87.

tramontata definitivamente la speranza di far approvare il progetto autoctono di Alberto De Simoni, che pur seguiva la traccia del Progetto della Commissione napoleonica (11).

Tornando al discorso di Bigot, questi era pronto a dichiarare che il codice si sarebbe affermato quale « *droit commun* de l'Europe », perché già promulgato in molti paesi e inoltre destinato « à divers peuples d'Allemagne » (12). Naturalmente egli passava sopra la circostanza che si trattava di recezione imposta e men che meno faceva conoscere che nell'ora storica Napoleone era in preda ad un'imperialistica ossessione codicistica, dai tratti benthamiani. « Si vous faites retoucher le Code Napoléon, ce ne sera plus le Code Napoléon »: è questo il motivo costante delle missive inviate ai sovrani degli stati satelliti a partire dalla fine del 1807. A Louis, Re d'Olanda, a Gioacchino, Re di Napoli; a Jerôme e a Junot nell'anno successivo (13). In un solo caso, per quanto mi consta, Napoleone fu costretto a deflettere dal desiderio di imporre il suo codice e dovette tacitare — e in alcuni casi addirittura rimuovere — gli zelanti funzionari che volevano a tutti i costi francesizzare l'ordinamento straniero. Alludo al dipartimento delle isole Jonie, realtà appartata ma certo significativa dal punto di vista geopolitico. Colà, ragioni tutte politiche avevano indotto l'*Empereur* a ritenere addirittura dannosa l'assimilazione legislativa. Se è vero che i giuristi del partito corfiota filofrancese non avevano esitato a lodare il *code civil* (pur auspicandone l'adattamento agli usi e alle consuetudini venete e insulari), è altrettanto indubbio che essi avevano lanciato un *caveat* piuttosto chiaro. La recezione del *code* avrebbe condotto alla secolarizzazione della società delle Jonie, circostanza che avrebbe prodotto una sicura sollevazione delle isole contro i francesi, così come era già avvenuto in occasione della prima occupazione (14). Sicché, avendo compreso che il *code civil* avrebbe contribuito a perdere

---

(11) Bibliografia in SOLIMANO, Le sacre du printemps. *L'entrata in vigore del* code civil, cit., p. 191 ss. Cfr. E. DEZZA, *Giuseppe Luosi e il "Codice Napoleone Italiano". Cronaca di una breve illusione*, in *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo*, cit., pp. 239-263.

(12) BIGOT-PRÉAMENEU, *Discours*, cit., p. CXIX.

(13) A. PALLUEL, *Dictionnaire de l'Empereur*, Paris, Plon, 1969, pp. 241-244.

(14) S. SOLIMANO, *Bonaparte et les îles Ioniennes. Francisation juridique en difficulté. Notes pour un approfondissement*, in *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, ed. a cura di B. Coppein, F. Stevens, L. Waelkens, « Iuris Scripta Historica », XXVII (2011), in particolare pp. 254-260 e 262-264. « La vénération pour les dogmes et les coutumes de leur pères est si grande que la nourriture et les événements les plus ordinaires de la vie font partie de la religion. C'est elle qui dicte les règles de conduite dans toutes les situations, dans toutes les circonstances », osservavano i due giuristi delle Jonie incaricati di analizzare il testo napoleonico, sicché « tout acte ou toute loi qui paraitrait empiéter sur cette croyance ne pourrait produire que des conséquences

Corfù e dunque l'imprescindibile avamposto nel Mediterraneo, Napoleone, statista senza scrupoli etici ma indubbiamente autocrate geniale, vi aveva rinunciato (15).

Accanto alla retorica della tradizione, i transalpini fecero ricorso ad un'altra strategia discorsiva già sperimentata fin dalle campagne militari del Direttorio e cioè che l'assimilazione legislativa andava accolta perché destinata a risollevare la condizione sociale, morale e civile del paese conquistato. È il canone della *civilisation* che porta con sé l'idea del progresso e della modernità, vale a dire la retorica dell'Ottantanove, non a caso al primo posto nei discorsi ufficiali dei ministri della giustizia e dei governanti francesi ed autoctoni negli Stati satelliti (benché questi ultimi, lo ha notato con finezza Adriano Cavanna, non fossero consapevoli che il vento della *Révolution* a partire dal 1794 aveva soffiato in senso contrario e che il tempo delle feste degli alberi della libertà era terminato con l'edificazione dello stato autoritario napoleonico (16)). È proprio con riferimento alla strategia discorsiva della *civilisation* che in taluni paesi conquistati si cercò di procrastinare l'attivazione del *code civil*. Nel 1808 Luosi stesso, pressato dal Consiglio Legislativo, tentò di sospenderne l'introduzione in Dalmazia e in Albania sul presupposto che siffatti abitanti, in particolare quelli delle regioni interne, non avevano ancora raggiunto un grado minimo di incivilimento. In realtà Luosi aveva fatto ricorso a questo espediente retorico per non dare la stura alle tendenze più radicalmente autonomistiche che si erano manifestate in seno al Consiglio Legislativo italico. Tendenze che egli non respingeva del tutto (anzi, era montesquivianamente persuaso che ogni prodotto legislativo dovesse essere adattato al contesto politico e sociale di riferimento) ma che reputava nell'ora storica, poco realistiche e politicamente avventate (17).

---

dangereuses » (Archives Nationales, Paris, BB 5 295). E ancora: « les ecclésiastiques tacheraient de persuader aux peuples que la juridiction ecclésiastique est détruite par le Code français; que c'est une impiété d'assujettir le mariage à la juridiction profane des laïques » (*Ibidem*).

(15) *Archives Nationales*, Paris, BB 5 295.

(16) A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in *Studi di Storia del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 2001, p. 719 e ss.

(17) I Consiglieri avevano sfruttato questa occasione per tentare di opporsi alla continua *francisation* dell'ordinamento affermando che « le leggi civili essenzialmente dirette a regolare le azioni dei cittadini in consonanza de' politici sistemi dei differenti governi non sono in egual modo sempre applicabili a tutte le popolazioni che di mano in mano entrano a far parte della grande famiglia d'uno Stato ». L'obiettivo era quello di vedersi riconosciuto uno spazio di autonomia legislativa per il Regno Italico, un anelito che serpeggiava nella società civile e che era propugnato in maniera scoperta da

Orbene, se la politica di assimilazione appare atteggiarsi grosso modo in questi termini nel Regno d'Italia napoleonico, nelle Province illiriche e nel dipartimento delle isole Jonie, il corposo volume di Antonio Grilli arricchisce il quadro dell'azione imperialistica francese in Europa. Si tratta di un'encomiabile ricerca compiuta attraverso lo spoglio sistematico delle fonti conservate presso le *Archives Nationales* di Parigi e presso gli archivi belgi, tedeschi, spagnoli e italiani. Impresa non proprio agevole quest'ultima: i fondi peninsulari d'età napoleonica talora sono andati distrutti (durante la Seconda Guerra Mondiale a Milano e a Napoli, oppure travolti dalla alluvione del 1966 a Firenze). Laddove esistenti, il più delle volte i documenti non sono disponibili o risultano collocati altrove.

Lo studioso si è concentrato soprattutto sulle fonti concernenti l'organizzazione e il funzionamento della macchina giudiziaria: la prima parte del volume, oltremodo accurata, viene dedicata a ricostruire le vicende delle annessioni e l'implementazione del modello giudiziario francese (pp. 9-582), mentre la seconda all'analisi della prassi (pp. 583-663). Questa evidente sproporzione non inficia il valore e l'originalità della ricerca: l'una e l'altra sezione offrono risultati stimolanti. Certo è che l'opzione di seguire in 'presa diretta' le vicende del « difficile amalgama » (l'autore è animato dal desiderio di valorizzare fonti ignote che rappresentano il frutto di uno scavo pluridecennale negli archivi) in sequenza diacronica e per singola area geografica, rende il discorso in alcuni punti ridondante. Tale impegnativa scelta metodologica ha probabilmente costretto l'autore a rinunciare in partenza a quello che si sarebbe potuto configurare come un fecondo dialogo con gli studiosi che, specie negli ultimi anni, si sono dedicati ad approfondire gli aspetti giuridici più rilevanti dell'età napoleonica: penso, ad esempio, alle ricerche di Adriano Cavanna, di Ettore Dezza, di Jean-Louis Halpérin, di Riccardo Ferrante, relativi a realtà geografiche ulteriori rispetto a quelle esaminate dall'autore; o ancora, alle riflessioni di Sylvain Soleil sulla recezione del modello francese e, su un piano più generale, all'ampio dibattito sulle implicazioni, storiche e politiche, dell'idea di codice. Il pensiero corre ai lavori di Pio Caroni, di Paolo Grossi, di Ugo Petronio e di Paolo Cappellini.

L'importante ricerca di Grilli consente al lettore di individuare, al di là delle specificità locali, delle vere e proprie costanti della politica di assimilazione francese. La prima concerne il reclutamento dei corpi giudiziari. Esso viene realizzato nei paese conquistati in base ai criteri di « probità, capacità, patrimonio (fortune) e pubblica stima » (p. 103),

---

Giandomenico Romagnosi non solo nel suo ruolo di artefice della giustizia penale ma anche *in civilibus*, circostanza meno conosciuta, dalle colonne del suo *Giornale di Giurisprudenza universale*: SOLIMANO, Le sacre du printemps. *L'entrata in vigore del* code civil, cit., pp. 205-206.

canoni che conducono a privilegiare non infrequentemente figure di primo piano degli antichi Stati. Le missive di risposta dei governatori d'Oltralpe contengono in questi casi *dossiers* molto particolareggiati, diretti a rassicurare le autorità parigine (per il Piemonte, pp. 342-344). Una prassi che ho potuto accertare anche con riferimento all'ultimo possedimento francese, vale a dire le Province illiriche. I giuristi triestini e austriaci legati a doppio filo con le precedenti autorità asburgiche sono valorizzati appunto proprio perché fanno parte del notabilato locale, hanno svolto con profitto le funzioni magistratuali e conoscono bene la lingua francese (18). E proprio l'imposizione dell'idioma gallico rappresenta un'altra costante della politica assimilatrice/livellatrice. In ogni territorio annesso i Transalpini introducono il francese senza comprendere che siffatta politica può fare insorgere significative resistenze, alimentare a dismisura l'ostilità nei confronti del Francese visualizzato di conseguenza come un oppressore (come se non bastassero le requisizioni, le contribuzioni forzose, per tacere della coscrizione) e favorire dunque l'emersione di un sentimento identitario (e successivamente nazionale). Ciò accade in Belgio, dove solo tardivamente si accoglie il fiammingo (p. 392) (innescando peraltro antichi attriti tra le due etnie, p. 143), in Renania (p. 164, p. 173) laddove il Commissario Rudler propone « una soluzione pragmatica: tollerare che le parti in causa si esprim[ano] nel loro idioma, assumere *greffiers* che conosc[ano] il francese e interpreti » (p. 174) e ammettere il tedesco per la giustizia di pace (p. 222). Sorprendentemente pure nel 'francesissimo' Piemonte la questione della lingua italiana si fa sentire (p. 320). A Parma, a Roma e Genova il problema viene sollevato, lo ha rilevato l'Halpérin, da parte degli avvocati (19).

Un'ulteriore costante dell'assimilazione è individuata con riferimento alla gestione della macchina giudiziaria. Mentre nel Regno d'Italia il ministro Luosi aveva prestato cura nel guadagnarsi il consenso del ceto giudiziario nella persuasione che esso costituisse un elemento decisivo per il funzionamento della 'monarchia-amministrativa' e per la tenuta di un *code civil* variato in minimi dettagli e di conseguenza aveva saputo risollevare la condizione e le prerogative di ceto dei magistrati garantendo anche stipendi adeguati (20), nelle regioni analizzate da Grilli (e pure nelle Province illiriche, come ho avuto modo di riscon-

---

(18) *Archives Nationales*, Paris, BB 5 295.

(19) J.L. Halpérin, *A proposito di alcune difficoltà nell'applicazione dei codici napoleonici nei dipartimenti francesi d'Italia*, in *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione*, cit., pp. 265-274.

(20) E. Guaraldi, *Luosi e il ministero della Giustizia del Regno d'Italia (1805-1814)*, in *Giuseppe Luosi*, cit., pp. 169-189.

trare ([21])) si assiste ad una costante sottovalutazione del problema. La volontà di assimilazione non è accompagnata da un'analoga volontà di sostenere i costi della giustizia. Che cosa accade dunque? È presto detto: i magistrati che vantano un'indiscussa professionalità (quelli, cioè, selezionati secondo i criteri di « probità, capacità, patrimonio (fortune) e pubblica stima ») avviliti da un trattamento economico inferiore rispetto al passato (e con tutta probabilità frustrati a causa del ridimensionamento del loro ruolo anche sociale) non infrequentemente rinunciano alla funzione (p. 37, p. 45, p. 145, pp. 167-168, p. 321, p. 394, p. 396, p. 454) ([22]). Ciò si verifica, sostanzialmente, in ogni area geografica soggetta alla dominazione transalpina. I governatori francesi sono dunque costretti a ripiegare su candidati meno esperti, per lo più avvocati di secondo piano (p. 141, p. 377). V'è di più: Grilli mostra bene come le autorità d'Oltralpe non avessero intuito la necessità di motivare anche i magistrati francesi inviati nei paesi annessi per mezzo di incentivi economici. E ancora: i francesi non infrequentemente furono restii ad aumentare l'organico, sempre sottodimensionato. Di qui il rallentamento della macchina giudiziaria, la dilatazione dei tempi procedurali (si veda il caso della Toscana, p. 413) ed un conseguente giudizio non proprio benevolo sui presunti pregi della *nouvelle justice*. Una volta di più, l'esperienza del Regno Italico si pone in controtendenza. Luosi, che aveva lavorato molto per approntare un efficiente e sorvegliatissimo apparato giudiziario, nel tempo avrebbe ottenuto il plauso della società civile. Il diarista che nel 1806 aveva annotato con compiacimento le resistenze e il malumore dei giuristi milanesi nei confronti del codice, sei anni dopo, sarebbe stato costretto a riconoscere che il 'sistema giustizia' funzionava, e funzionava meglio rispetto al passato: « fra i ceti che paiono aver migliorato, sembrami quello de' giudici, ne' quali sia per la scelta degli individui, sia per la controleria di altri tribunali, o del gran giudice che invigili, pare che le decisioni che sortono sieno più conformi alla giustizia » ([23]).

Talora i commissari imperiali escogitarono di propria iniziativa dei correttivi agli inconvenienti del nuovo sistema, come il mantenimento delle antiche sportule (p. 149; in Toscana vengono presumibilmente tollerate, p. 425), ma alla luce dei dati offerti da Grilli si può affermare che la *francisation juridique* europea ne esce indiscutibilmente assai indebolita. Non mancano vistose eccezioni, prima fra tutte quella del Piemonte: di qui la decisione delle autorità francesi di servirsi dei

([21]) *Archives Nationales*, Paris, BB 5 295.

([22]) *Ibidem*.

([23]) L. MANTOVANI, *Diario politico-ecclesiastico di Milano*, a cura di Paola Zanoli, III, 1806-1811, Roma, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, 1991, p. 524.

magistrati subalpini per assimilare gli altri dipartimenti italiani (p. 404, p. 462, p. 498-499, p. 517).

Non sorprende dunque che nei territori si registrino fenomeni di resistenza, oppure che la *francisation* conduca a contrasti tra *ortodossi* ed *eterodossi*, per impiegare l'acuta distinzione coniata da Adriano Cavanna al fine di decifrare gli atteggiamenti dei giuristi del Regno Italico posti di fronte all'assimilazione giuridica d'Oltralpe, distinzione che può assurgere dunque a vera e propria categoria generale (24). Particolarmente interessante in questa prospettiva, è la ricostruzione fatta da Grilli dello scontro verificatosi a Roma nel 1811, puntualmente annotato da un testimone d'eccezione, il Pellenc (p. 479 n. 70). Non è dato però conoscere se i giuristi operanti nei territori analizzati dall'autore abbiano rivendicato, come accaduto a Milano, a Corfù o a Napoli, un adattamento del *code civil* agli usi e ai costumi locali o quanto meno abbiano invocato la non attivazione di talune parti di esso, come la disciplina del matrimonio, del divorzio o dello stato civile.

Non è possibile rendere conto, neppure per cenni, delle tensioni che in ogni territorio si produssero tra centro e periferia, fra il Ministero della Giustizia e i commissari imperiali inviati in loco. Non furono pochi coloro che cercarono di ammorbidire l'impatto della nuova legislazione ammettendo taluni temperamenti (l'utilizzo della lingua nazionale o il mantenimento delle sportule, come si è detto) o istituendo commissioni in cui furono coinvolti anche giuristi locali: non infrequentemente l'operato di questi tecnocrati fu sconfessato, oppure essi stessi vennero sostituiti da più zelanti assimilatori (*passim*).

La pratica del diritto: è questa l'intitolazione della seconda parte, che, pur ricca di suggestioni, è trattata in maniera decisamente sintetica. Da un lato dichiara che i giudici delle aree geografiche prese in esame non « disapplicarono il Codice civile ma lo applicarono nello spirito secolare del lavoro del giurista », e che essi fecero opera di « resistenza ad un modello giuridico che si pretendeva esclusivo, sommario e totalizzante ». In altra parte del volume, invece, parla di manifesta resistenza senza distinguo.

Laddove i giudici applicano il diritto locale *contra codicem* non si può qualificare tale atteggiamento se non come un chiaro fenomeno di resistenza. Ma tale manovra prende forma esclusivamente in Renania (p. 623 n. 60) (25). Non a Roma, certamente. Non mi sembra un indizio di manifesta resistenza nei confronti del codice la circostanza che i

---

(24) Cavanna, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, in *Ius Mediolani*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 709.

(25) Anche nel Regno d'Italia napoleonico i giudici avevano tentato di applicare il diritto locale ma furono immediatamente fulminati dagli strali del Ministro. Luosi aveva ordinato alle Corti d'appello di pubblicare le sentenze più significative al fine di eradicare

giudici romani, chiamati a giudicare una controversia in materia di diritto di pascolo, non abbiano potuto fare a meno di recuperare le fonti previgenti poiché la questione non era regolata dal testo del codice (p. 657, b). Non ha torto Ugo Petronio allorché afferma che « in un mondo reale i problemi sono affrontati dagli uomini nella loro concretezza reale, nella dimensione reale che hanno acquistato in un dato momento e in un dato luogo » (26). Significa ricordarci che il diritto ha una dimensione controversiale. Questi magistrati erano d'altronde *obbligati* a decidere, a norma dell'art. 4 del *code*.

Altra cosa è dimostrare, come ha fatto Grilli, che le Corti di Bruxelles (pp. 616-619), di Treviri (p. 620 e ss.) e di Roma (ma solo in parte: pp. 656-657) avessero applicato il diritto comune e il diritto romano *tout court* (ora come *ratio scripta*, ora come norma integrativa) (27). Il recupero del diritto romano da parte di giuristi educati secondo i canoni di quella che il traduttore di Bentham non esitava a

---

le « vecchie opinioni », per riprendere le parole di Romagnosi (SOLIMANO, *Le sacre*, cit., p. 216). Come ho già avuto modo di evidenziare, i giudici della Corte d'appello del Reno avevano, ad esempio, rigettato l'appello proprio perché andava applicato il codice e non gli Statuti bolognesi, mentre a Milano i magistrati di secondo grado avevano censurato quei giudici che non avevano applicato le disposizioni della della *fente* (estranee alla cultura giuridica dell'Europa meridionale) in una causa successoria (ivi, p. 215).

(26) U. PETRONIO, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 77.

(27) Per ciò che concerne la Toscana il discorso è più impegnativo. Con riferimento a quest'area, Grilli non ha potuto accedere a fonti dirette (la gran parte dei documenti, lo si è detto, sono stati distrutti dalla tragica alluvione del 1966) ma ad una selezione a stampa delle decisioni fiorentine edite a partire dal 1809. Ebbene, il processo indicato come paradigmatico del recupero del diritto previgente attiene ad una questione molto complessa, poiché verteva su una donazione compiuta dal padre a favore dei figli maschi prima dell'attivazione del codice, impugnata successivamente dalle sorelle sulla base del principio di uguaglianza successoria tra i sessi accolto nel *code civil* (p. 637). Se la corte aveva opinato per l'applicazione del diritto previgente, non sappiamo quale sia stato lo sviluppo della vicenda. Nel Regno d'Italia il problema delle riduzioni delle donazioni anteriori al codice aveva suscitato un contenzioso altissimo e soprattutto orientamenti giurisprudenziali contrastanti (talune corti avevano optato per la legislazione anteriore, altre per quella napoleonica). Una questione spinosissima (v'era chi sosteneva il principio di irretroattività delle norme del codice, altri che ritenevano necessario un intervento legislativo, poiché si trattava di una questione di diritto transitorio) che dilacerava l'opinione pubblica proprio perché, come scriveva Romagnosi, andava a sconvolgere l'assetto delle « famiglie proprietarie del Regno »: G. ROMAGNOSI, *Esposizione della controversia sulla riduzione delle donazioni anteriori al codice napoleone*, Milano, Stamperia Malatesta, 1811. Un analogo problema di diritto transitorio si era posto a Genova con riguardo al divorzio. Le autorità ecclesiastiche avevano eccepito che la disciplina del divorzio fosse ammissibile solo per le coppie che si fossero

definire la *vieille école* non meraviglia. Non credo che l'atteggiamento della prassi napoleonica possa essere qualificato come frutto di una cosciente strategia di resistenza: i giuristi continuarono a ragionare secondo gli schemi mentali in cui si erano formati. Per riprendere Tocqueville, essi avevano « un intérêt direct à maintenir [les lois civiles], telles qu'elles sont, bonnes ou mauvaises, par la raison qu'ils les sav[aient] » (28). Se Grilli avesse approfondito il discorso sui commentatori del *code civil* (29), peraltro analizzati da Riccardo Ferrante nel suo volume del 2002 (30), avrebbe appreso che alcune tendenze da lui registrate nella prassi in relazione alla sopravvivenza del diritto previ-

---

sposate successivamente all'entrata in vigore del codice ma Portalis, quale ministro dei Culti, aveva risposto in senso contrario guardandosi bene dall'affrontare la questione sotto il profilo tecnico. Archives Nationales, Paris, BB 16 277. Sono vicende, insomma, che meritano di essere analizzate per la loro peculiarità, nel loro specifico contesto, in cui non infrequentemente la politica ha il suo peso. Qualche dato in più circa la sopravvivenza del diritto comune nella Toscana napoleonica è stato offerto da Mario Montorzi in uno studio più risalente, basato sui fogli d'udienza, sui registri delle sentenze e sulle decisioni superstiti. M. Montorzi, *Il caso della Toscana: una terra di diritto giurisprudenziale e forense di fronte alla cultura e alla tensione dell'omologazione codicistica*, in Id., *Crepuscoli granducali: incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa, ETS, 2006, pp. 147-188.

(28) A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Puf, 1986, p. 74.

(29) Una *scientia iuris* che non era certo polarizzata, come ritiene Grilli, tra la posizione di Locré — il quale avrebbe esaltato il carattere di rottura del *code civil* — e quella di Zachariae e di Lassaulx, i quali, presentando il *code* come un testo che attinge a piene mani alla tradizione scientifica e legislativa di antico regime (*ordonnances* e *coutumes*, per intendersi), ne enfatizzerebbero la continuità (pp. 606-608). A ben guardare, infatti, Locré, Zachariae e Lassaulx non erano poi così distanti. Come ha ben evidenziato Giovanni Cazzetta, « il *Code civil* si è costantemente fondato su una retorica caratterizzata da immagini ambigue, capaci di evocare, nello stesso tempo, una svolta, una profonda frattura con la tradizione e un'interrotta continuità con essa, l'inizio di una nuova éra e la mera riaffermazione di un sapere tecnico raffinatosi nel corso dei secoli » (Cazzetta, *Recensione*, cit., p. 435). Innovazione e continuità: due polarità presenti nel *Discours préliminaire* di Portalis, in quello di Alberto De Simoni e nella già menzionata Circolare di Luosi e pure, credo, nel discorso di Peyretti, presidente della Corte di Torino nel 1806 citato da Grilli (pp. 608-609). Sia chiaro: si tratta di discorsi dalle forti valenze politiche Portalis insisteva sulla romanità del codice per sconnetterlo dalla *Révolution* (dalle *lois de combats*, soprattutto: Cazzetta, *ibidem*; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 559; P. Costa, *Civitas*, *Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle Rivoluzioni*, Bari-Laterza, pp. 182-190), De Simoni, Luosi e Peyretti verosimilmente per esaltarne il carattere scientifico universale e dunque fugare il duplice timore che il testo imposto fosse legato all'empia *Révolution* e fosse intrinsecamente straniero.

(30) R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'iluminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 243 e ss.

gente erano già presenti nella dottrina (anche francese), che fungeva così da guida per i pratici. Guillame Locré, ad esempio, indicato da Grilli come il giurista che aveva enfatizzato la discontinuità del *code civil*, in realtà nella stessa opera (il fortunatissimo *Esprit du Code Napoléon*, tosto tradotto in lingua italiana) aveva affermato che « l'article 4 indique aux juges le cas où ils doivent appliquer la loi naturelle, et prononcer d'après les simples lumières de la raison; c'est lorsque la loi positive est muette, obscure ou insuffisante » (31). Un diritto naturale che veniva identificato sostanzialmente nel diritto romano. E sulla sua scia si ponevano gli altri commentatori francesi che seguivano da vicino le indicazioni espresse da Portalis nel *Discours* e nel *Livre préliminaire*, come Maleville o Toullier (32). Il celebre *artisan* del *code civil* nel titolo V del *livre préliminaire* aveva cercato di conciliare le ragioni del legislatore con quelle del diritto. Accanto alle norme del Libro Preliminare che attribuivano al giudice il potere di ricorrere al diritto naturale, ve n'erano altre che evidenziavano come l'applicatore fosse comunque vincolato alla norma. L'articolo primo del titolo quinto disponeva che « il ministero del giudice è di applicare la legge con discernimento e fedeltà ». Quello successivo, distinguendo tra interpretazione autentica e dottrinale, chiariva che quella dottrinale (la sola permessa al giudice) consisteva « nel cogliere il genuino significato della norma nella sua applicazione al caso concreto », l'articolo 5 statuiva che « quando una legge è chiara non bisogna eluderne la lettera su pretesto di penetrarne lo spirito », l'articolo 7 vietava al giudice di ammettere eccezioni che non fossero state previste dalla legge, operare distinzioni laddove la legge non distingueva (33). Princìpi, come ognun sa, che Portalis aveva ricavato dal diritto romano. Solo « à défaut de loi précise » egli ammetteva il ricorso al diritto naturale o alla consuetudine (34). E Portalis aveva inoltre già concepito la norma di chiusura che abrogava le fonti previgenti da applicare congiuntamente a quanto previsto nel libro preliminare (35). Nella prospettiva di Portalis il codice garantiva l'uniformità del diritto in tutta la Francia, concedeva al giudice nel silenzio della legge il ricorso

(31) J. G. Locré, *Esprit du Code Napoléon*, Paris, Imprimerie impériale, 1805, p. 152, p. 155, p. 157 e v. anche l'introduzione, pp. 44-45.

(32) Fenet, *Recueil*, cit., II, pp. 3-8.

(33) *Ibidem.*

(34) *Ibidem.*

(35) « Disposition générale. A compter du jour de la publication du présent Code, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet du présent Code, *conformément à ce qui est expliqué dans le livre préliminaire* »: ivi, p. 413, corsivi miei. V. Solimano, *L'edificazione del diritto*, cit., p. 60.

al diritto naturale ma per converso lo vincolava prima di tutto alla norma positiva. V'è di più: la sentenza del giudice aveva unicamente valore di norma individuale. Il momento di discontinuità rispetto all'*ancien régime* è evidente.

Anche i principali commentatori italiani del codice civile come il ligure Ambrogio Laberio (1808) (36), il toscano Lorenzo Quartieri (1812) (37), il lombardo Francesco Appiani (1812) (38) mostrano di seguire l'impostazione del celebre *artisan*: il ricorso al diritto romano di fronte alla lacuna normativa del codice appare una vera e propria costante. Certo non mancano distinzioni e puntualizzazioni. Per Quartieri il diritto romano esplica la sua funzione quale *ratio scripta*, per Appiani, fervente domatiano, invece (ed è evidente la suggestione di Portalis e di Locré) in funzione suppletiva vera e propria (39). Il giurista lombardo seguiva pedissequamente i canoni del *Livre Préliminaire* poiché ammetteva il ricorso all'equità/diritto naturale come *extrema ratio* ma indicava al giudice innanzitutto il rispetto della legge:

> Finalmente acciò gli assiomi fondamentali di questo codice non si alterino, nè svaporino a somiglianza degli spiriti diffusibili nelle mani di coloro che li agitano; la cura più importante che il legislatore ha affidato alla penetrazione de' magistrati ella è quella di raggiungere la ragione particolare della legge per farne all'uopo la più esatta applicazione (40).

---

(36) Ferrante, *Dans l'ordre*, cit., *ad indicem*.

(37) L. Quartieri, *Istituzioni di giurisprudenza romana e francese comparata*, Pisa, R. Prosperi, 1812, I, p. 3: « Sebbene però debbano tacere le leggi Romane, quando parla la legge dell'attuale Governo, non è per questo che anche in tal caso non sia utile la Romana giurisprudenza o per intendere una tal legge con maggiore felicità, o per interpretarne il senso nascosto con regole uniformi, o per raccomandarne alla memoria la disposizione con maggiore sicurezza ».

(38) F. Appiani, *Saggio di giurisprudenza elementare secondo il codice civile di Napoleone il Grande*, Milano, Stamperia Malatesta, 1812.

(39) « Il codice in alcune sue parti suppone la cognizione delle leggi romane, in molte sue prescrizioni si riferisce alle medesime ed in sussidio ne conserva l'autorità »: Appiani, *Saggio*, cit., I, p. 21. E ancora: « nell'art. 4 di questo titolo il legislatore prevede il caso in cui il giudice ricusasse di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità, o difetto della legge in concorrenza quindi di un tale fatto è accordato di poter agire come colpevole di denegata giustizia. Era ben naturale che, dopo avere il Legislatore abilitato il giudice con tutti i soccorsi occorrenti della retta amministrazione della giustizia, dovesse prefinire una censura alla contravvenzione. Dappoichè l'equità è il supplemento immancabile di tutte le leggi, nel loro silenzio questa sarà l'estrema guida del legislatore. *Quod legibus omissum est non omittetur religione judicantium* l. 13 ff. *de testibus* » (ivi, p. 58).

(40) Appiani, *Saggio*, cit., I, p. 19 e pp. 58-59.

L'analisi compiuta da Antonio Grilli sulla giurisprudenza mi sembra confermi quanto emerso in dottrina. Anche i giudici ricorrevano al diritto romano quale *aequitatis imago* e sempre come *extrema ratio*. In primo luogo rispettavano la legge, come insegnava Portalis. Il giudice Birnbaum, presentato da Grilli come il resistente normotipo, in un processo di nullità matrimoniale per deformità fisica della moglie, ammetteva che « quando esiste una legge positiva il giudice deve basarsi su di essa » ma aggiungeva che quando la legge positiva è muta [...] pare più prudente fondarsi unicamente sulla ragione e sulla legge naturale, che divengono legge suprema in tutti i casi non contemplati dalla legge positiva » (p. 631). Appare opportuno aggiungere, tuttavia, che nel testo del commento che ho avuto modo di leggere, Birnbaum si era sentito in obbligo di giustificare diffusamente perché avesse ricercato *aliunde* il principio applicabile, indizio che l'allontanamento dalle norme non fosse poi così pacifico e consueto (41). Al di là di tutto, non ritengo che il recupero del diritto romano conduca a ridimensionare la portata storica del *code civil*. La modernità del codice civile risiede nel presentarsi come un testo che disciplina uniformemente i rapporti *inter privatos* all'interno dello Stato, che ha come destinatario un soggetto unico e indeterminato e che configura le sentenze come norme individuali. E v'è di più. Come osservava il compianto Doyen Carbonnier, opportunamente richiamato da Paolo Cappellini, « la codification est plus qu'un multiple de la loi: il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire » (42). In altri termini, una profonda riprogrammazione e livellamento della società compiuta dall'alto. Dal legislatore.

Come provano le ricerche di Bernard Beigner (43) e quelle più recenti di Ugo Petronio (44), la Cassazione francese, per lo meno grosso modo fino agli anni Trenta/Quaranta dell'Ottocento, avrebbe continuato a ricorrere al diritto romano o al diritto previgente. Il dato non stupisce perché riflette il contesto politico francese della Restaurazione. Luigi XVIII, ad esempio, aveva tutto l'interesse a sconnettere il *code*

---

(41) *Jurisprudence de la Cour impériale de Trèves et des tribunaux de son ressort, sur le nouveau droit et la nouvelle procédure, en matière et de commerce*, par J. Birnbaum, Conseiller en ladite Cour, Trèves, 1811, I, pp. 163-178.

(42) CAPPELLINI, *Storie di concetti* cit., p. 119.

(43) B. BEIGNIER, *La conscience du juge dans l'application de la loi au début du XIXème siècle. La jurisprudence au temps de l'Exégèse*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Puf, 1999, pp. 286-291.

(44) Cfr. i saggi nel volume già citato di Ugo PETRONIO, *Attività giuridica moderna*, pp. 21-24 e *passim*.

civil dalla *Révolution* e soprattutto da Napoleone (che ne era il legatario infedele). Sono gli anni degli Henrion de Pansey, dei Dupin, di coloro cioè che si erano formati presso l'*Académie de législation* e che sarebbero diventati grandi e ascoltatissimi magistrati, che non a caso valorizzavano la continuità del codice con la plurisecolare tradizione francese, come hanno mostrato Donald Kelley (45) e Marie-France Renoux Zagamé (46). E del resto sappiamo che la dottrina civilistica proprio fino agli anni Quaranta è orientata a seguire le vecchie strade. Pensiamo a quei giuristi come Toullier (1811/1820), Demante (1830/1833) o Marcadé (1842) che risolvono il problema giudice e legge 'à la Portalis' (47). Giuristi che, come ha mostrato Paolo Grossi, con riferimento alla

---

(45) D. R. Kelley, *Historians and the law in post revolutionary France*, Princeton, PUP, 1984, pp. 57-69.

(46) M. F. Renoux- Zagamé, *Du droit commun doctrinal au droit commun positif: leçons des Plaidoyers du Parquet*, in *Traditions savantes et codifications*, Poitiers, LGDJ, 2007, pp. 16-22. Cfr. anche J. L. Halpérin, *Codes et traditions culturelles*, in *Codici*, cit., pp. 236-237 e Niort, *Homo civilis*, cit., p. 240 e ss.

(47) L'indicazione fra parentesi indica la prima edizione dell'opera di questi giuristi. Seguendo il criterio cronologico passiamo in rassegna il loro pensiero. Charles B.M. Toullier (1752-1835), preside a Rennes, procede seguendo la traccia del *livre préliminaire*: in caso di lacuna si può fare riferimento all'equità e alla consuetudine. Toullier identifica l'equità con il diritto romano, all'interno del quale sono contenuti « les premiers principes et les dernières conséquences du droit naturel ». Egli inoltre sostiene che è opportuno riferirsi a Pufendorf, Thomasius e Heineccius per rinvenire regole valide per l'interpretazione. All'interno del libro preliminare sono contenuti validi canoni d'interpretazione, come l'analogia o il combinato disposto di più norme (C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, nouv. ed., Bruxelles 1837, tome I, p. 31 e p. 34). Per Antoine-Marie Demante (1789-1859), professore a Parigi dal 1822 al 1856, nell'ipotesi in cui la volontà del legislatore non sia evidente, il magistrato può far ricorso ai seguenti strumenti interpretativi: lavori preparatori, combinato disposto di più norme, analogia, consuetudine e *législation ancienne*. Nel caso di silenzio assoluto o di totale oscurità della legge il giudice può ricorrere sia ai princìpi generali del diritto (fra i quali rientra a pieno titolo il diritto romano), sia all'equità naturale (A.M. Demante, *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, deuxième edition, I, Paris 1835, pp. 15-19). Quanto all'avvocato Victor-Napoléon Marcadé (1810-1854), egli afferma che il giudice, in caso di oscurità o insufficienza della legge, sia obbligato a decidere poiché sarebbe irragionevole attendere la risposta del legislatore: « la marche des affaires serait à chaque instant entravée »; di qui il giudice debba supplire alla legge oscura o insufficiente « soit par des inductions tirées de la loi elle-même, soit en recourant à la jurisprudence des tribunaux, à la doctrine des auteurs, aux décisions des jurisconsultes romains, soit enfin en se décidant d'après ses propres lumières et les principes de la raison et de l'equité ». Alla luce di questa elencazione, un po' sorprendentemente, Marcadé esclama: « On voit ainsi que par cet article, tous les

proprietà, hanno riproposto *contra codicem* la consolidata teoria del dominio diviso (48). Nella mentalità dei giuristi, si registra successivamente una torsione di segno positivistico. Quando Marcadé nel 1842 darà alle stampe il *Cours élémentaire du code civil*, egli si verrà a trovare progressivamente in minoranza (49). La filosofia di Comte eserciterà una grande suggestione, come è stato notato, che porterà ad un chiuso giuspositivismo (50). Basti un solo esempio. Se andiamo a compulsare l'opera di François Laurent, notiamo come si assista ad un recupero

---

principes du droit naturel sont tacitement consacrés » (*Cours elementaire du code civil*, I, 1842, III ed., Paris, 1847, I, p. 51).

(48) P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà* (1977), ora in *Il Dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992.

(49) Impiego l'avverbio progressivamente perché anche Frédéric Mourlon (l'opera del quale viene pubblicata nel 1846), presentato da Julien BONNECASE come l'esegeta 'normotipo' (*L'Ecole de l'Exegèse en droit civil*, Paris, De Boccard, 1919, II ed., 1924, pp. 149-150), è meno lineare di quanto si creda e proprio per questo rappresenta bene il civilista che si trova ad operare in un momento di passaggio. Se da una parte Mourlon afferma che per il giudice « un seul droit existe, le droit positif », qualche rigo sotto evidenzia che « en matière civile » è accolta « une exception importante: l'équité ou le droit naturel peut, en effet, servir de base aux décisions judiciaires dans les cas où la loi le permet expressément » (*Répetitions écrites sur le premier examen du code Napoléon*, (1846) ed. Paris, I, 1869, p. 6). E si badi che tra i casi previsti dalla legge, Mourlon, citando il famigerato articolo 4, senza tema afferma che « lorsqu'*en matière civile* la loi est absolument muette, ou lorsqu'il est impossible de découvrir, par l'interprétation, la véritable pensée de la loi, les juges peuvent alors, mais alors seulement, motiver leur jugement sur des considérations exclusivement tirées de l'equité naturelle » (ivi, p. 61, corsivi nel testo). Ma allora perché presentare Mourlon come giurista di frontiera, visto che comunque egli lascia spazio all'*équité naturelle*? Perché si perita di precisare che questa ipotesi non si realizzerà mai in quanto il codice è completo: « Nos lois sont, en effet, si nombreuses et si remplies de détails, les principes qu'elles posent sont si larges et si féconds, qu'on est à peu près sûr, pour peu qu'on ait l'esprit exercé, d'y rencontrer, quelle que soit la nature de l'affaire à juger, la base d'une décision juridique » (ivi, p. 61 e nota 1). In Demolombe, invece si coglie un chiaro momento di rottura: il diritto naturale non va rifiutato di per sé ma quale come fonte inidonea ad orientare il giudice. Viene rifiutato in nome della certezza del diritto: è questo il senso del celebre scontro con Marcadé (cfr. CH. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, ed. Bruxelles, 1847, I, n. 113, p. 52). Per quanto riguarda la più recente storiografia francese sulla civilistica ottocentesca va segnalato il volume di N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXème siècle*, Paris, L.G.D.J., 2002, che mostra di abbandonare, almeno in parte, non pochi logori *clichés*.

(50) È merito di Ugo Petronio aver scoperto il collegamento tra Comte e Delisle: PETRONIO, *L'école de l'Exégèse, entre Lumières et positivisme scientifique*, in *Traditions savantes*, cit., p. 39 e ss. (su Comte); ID., *Attività giuridica*, cit., pp. 98-112; ID., *Influenza*

delle disposizioni del *Livre préliminaire*: si tratta tuttavia di un uso per certi aspetti nuovo rispetto a quello compiuto da coloro che l'hanno preceduto. Suggestionato da una frase di Savigny (il Savigny del Sistema tradotto da Guenoux) secondo la quale il compito dell'interprete è di ricostruire il pensiero del legislatore, egli tende a gigantizzare quelle disposizioni del libro preliminare nelle quali si pone l'accento sul rispetto della legge da parte dell'interprete/giudice. Un uso *positivistico*, dunque (51).

Sappiamo bene che il *code civil* sarebbe stato preso a modello per disciplinare i rapporti *inter privatos* durante la Restaurazione in non pochi Stati. È noto anche che il modello d'Oltralpe sarebbe stato 'nazionalizzato', cioè conformato alla realtà sociale ed economica delle diverse aree geografiche (52). A ben vedere, questa specifica politica del diritto era germinata proprio in occasione dell'attivazione del *code civil.* I giuristi milanesi, napoletani e corfioti avevano plaudito al *code civil* purché venisse consentito loro di adattarlo ai costumi e alle tradizioni del paese. Ciò significava armonizzare le massime del *code* che apparivano in contrasto con il sentimento religioso, segnatamente il matrimonio civile e il divorzio. Significava tener conto delle peculiarità economiche della regione (è il caso dei contratti di livello, *exempli gratia*) o, ancora, variare talune delicate norme in materia successoria. Ciò che avrebbe compiuto il legislatore napoletano, piemontese o ionio, appunto, durante la Restaurazione. Un amalgama non così difficile, dunque.

Non me ne voglia l'autore se, scorrendo queste pagine, ha avuto l'impressione ch'io abbia proceduto ad una dissezione quasi anatomica del suo volume, frutto di indagini meticolose. Ma è il destino dei libri di qualità: suscitare interesse e generare nel lettore collegamenti, spunti e divagazioni che vanno al di là del testo.

---

del diritto francese in Italia dopo la promulgazione del Code civil, in *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 168-169.

(51) F. Laurent, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Paris, ed. 1869, I, p. 342 e ss.

(52) Cfr. Solimano, *L'edificazione*, cit., p. 64 e ss.

IRENE STOLZI

FASCISMO, STORIA E STORIOGRAFIA

(A proposito di M. Cioli, *Il fascismo e la 'sua' arte*, Firenze, Olschki, 2011; e G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, Venezia, Marsilio, 2012)

1. Di fascismo si continua a discutere, da osservatori diversi. E assai diversi, a partire dagli stessi titoli, sono i libri che hanno sollecitato la stesura di queste pagine: quello di Monica Cioli, dedicato a *Il fascismo e la 'sua' arte. Dottrina e istituzioni tra futurismo e Novecento* e quello di Giovanni Focardi, su *Magistratura e fascismo. L'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*. La scelta di avvicinarli nasce dalla convinzione che concorrano ad arricchire e ispessire la conoscenza del fenomeno fascista; non solo: dall'idea che essi condividano timbro e caratteristiche dei migliori e più recenti lavori sul regime. Al centro, fra l'altro, di una meritoria e ben riuscita iniziativa seminariale organizzata nei mesi scorsi dall'Istituto Gramsci di Roma, la riflessione, in quella sede sollecitata, avente a oggetto gli svolgimenti del discorso storiografico sul fascismo ha portato a mettere in rilievo, e con riferimento a una pluralità di piani, di temi, di percorsi di studio, una significativa convergenza delle ipotesi ricostruttive. A essere emersa è stata infatti la crescente tendenza del discorso storiografico a porre l'accento sulle molteplici e complesse articolazioni di cui si compose la galassia fascista. Il tentativo — si intuisce — si origina soprattutto dall'esigenza di emancipare le valutazioni del Ventennio dalla zavorra di griglie interpretative precostituite e, sovente, ideologicamente connotate; e una delle piste battute dagli storici, per conseguire un tale risultato, è stata quella di sperimentare proficui e inediti intrecci di sensibilità disciplinari e materiali di ricerca. Sotto un simile profilo — ma non solo, come si vedrà — i libri di Cioli e Focardi paiono particolarmente apprezzabili: non è infatti una storica dell'arte la Cioli, eppure si occupa del rapporto tra arte e fascismo; non è un giurista, o uno storico del diritto, Focardi, eppure si occupa di magistratura.

È vero che l'autrice sottolinea, in più di un passaggio, come il suo non voglia essere un libro di storia dell'arte [1], quanto un lavoro teso

---

[1] Cfr., ad esempio, CIOLI, p. XII.

a sottolineare i legami tra le principali espressioni artistiche del Ventennio — Futurismo e *Novecento* — e il complesso patrimonio simbolico, dottrinario, istituzionale messo in campo dal regime (anche) nel settore artistico per definire i contorni della 'rivoluzione fascista'. Ma è allo stesso tempo indubbio che una simile, accurata, ricostruzione abbia richiesto all'autrice nutrite scorribande *extra moenia*, uno scavo attento a ripercorrere, accanto alle vicende interne al mondo dell'arte — Manifesti, Riviste, scissioni, polemiche, diversi legami con le diverse 'anime' del fascismo — gli stessi svolgimenti legati al terreno più spiccatamente figurativo, alla ricerca delle ragioni che determinarono sensibili cambiamenti nella scelta dei soggetti rappresentati, delle tecniche e dei supporti utilizzati e persino nelle dimensioni delle opere d'arte. È un simile lavoro, ampio e documentato, che permette all'autrice di affrontare il problema del rapporto tra arte e regime e che le consente di affiancare, in perfetta coerenza col *thema probandum* prescelto, l'esame di fonti apparentemente distanti; che le consente, in particolare, di tenere in relazione costante profili dottrinali e istituzionali: dal riferimento alle diverse teorizzazioni sull'edificando ordinamento corporativo (2), alle vie concretamente battute dal regime nella organizzazione sindacale degli artisti (3) come nella gestione delle esposizioni (4), fino all'esame di dati più minuti — uno su tutti: gli sconti sui biglietti ferroviari accordati ai visitatori delle mostre — ma ugualmente rilevanti per ricostruire i contorni della politica fascista in campo artistico.

Allo stesso tempo, Focardi, pur dichiarando di non volersi cimentare in una storia dell'istituzione magistratuale, indubbiamente contribuisce a scrivere un tassello di quella storia e a scriverla attraverso lo spoglio di fonti in gran parte inedite (5). Il lavoro di Focardi riserva un ruolo preminente all'esame dei fascicoli personali dei magistrati nei quali risultano riunite informazioni disparate: retribuzioni, trasferimenti (« tramutamenti »), progressioni — o arresti — di carriera, tessuto delle relazioni politiche e private, sono dati che contribuiscono tutti a ricostruire il contesto di lavoro del corpo giudiziario negli anni del fascismo. Tuttavia un simile, poderoso lavoro di archivio non dà vita — come spesso avviene per questo tipo di ricerche — a una mera

---

(2) Teorizzazioni cui l'autrice riserva un'attenzione non marginale ritenendo che il progetto corporativo, ben oltre la disciplina delle relazioni economico-sindacali, abbia contributo a mettere complessivamente a fuoco i contorni di un ordine nuovo; cfr. ivi, p. XIX e ss.; p. 60 e ss. e p. 149 e ss.

(3) Ivi, p. 210 e ss., con riferimento al "Sindacato fascista belle arti".

(4) Ivi, in specie p. 218 e ss. sia per quanto concerne la prevista autorizzazione statale per le esposizioni, sia per quanto concerne le vicende relative alla Biennale di Venezia e alla Quadriennale di Roma.

(5) FOCARDI, p. 15, per l'indicazione delle fonti utilizzate.

collazione delle informazioni raccolte, essendo invece utilizzato dall'autore per ricavare una lettura complessiva dei rapporti tra magistratura e regime. Certo, quello ricostruito è uno spaccato di storia locale, ma anche in questo caso Focardi mostra di saper scongiurare un altro dei rischi spesso legati a tali studi, il rischio, cioè, di scambiare la *pars pro toto* sovradimensionando il valore di un'esperienza oltre la sua effettiva portata esplicativa. L'autore fornisce, infatti, un inquadramento generale dell'ordinamento della magistratura (6), inquadramento che gli consente sia di rilevare le peculiarità della situazione veneta (7) sia di identificare i dati (verosimilmente) condivisi anche da altre esperienze regionali.

2. Si tratta dunque di libri che si appoggiano a un tessuto di fonti irrituali o almeno tenute insieme in modo nuovo. E questo — si intuisce — incide sensibilmente sui risultati delle due indagini. Quelli di Cioli e Focardi si presentano, per esplicita ammissione degli autori, come « libr[i] apert[i] », più interessati a « porre domande » che a « offrire risposte » (8), più interessati a restituire i contorni di un panorama variegato che a ingabbiare il materiale in una ipotesi di lettura assunta *ab initio* come vincolante. Articolazione del discorso storiografico mi pare significhi anche e soprattutto questo: privilegiare — si perdoni la semplificazione — l'induzione sulla deduzione, la ricchezza sulle univocità, senza che ciò conduca — e le notazione è fondamentale — a diluire la specificità del fenomeno fascista, di un fenomeno che anzi pare conseguire una più solida e definita identità storica (e storiografica). In tal senso, un primo, corposo risultato raggiunto, dalla migliore storiografia degli ultimi anni e dagli stessi libri in esame, sta nella compiuta restituzione del fascismo al Novecento: non più una parentesi, frutto di un'improvvisa e bizzarra deviazione dal solco 'naturale' degli eventi, ma neppure l'esito necessitato di un liberalismo già non troppo liberale, il regime si presenta come stagione inimmaginabile fuori dalle peculiari sfide regolative sollecitate dal panorama postbellico. Con alcune, ulteriori, rilevanti conseguenze; prima conseguenza: il problema del rapporto Stato-società non appare più decisivo solo per le ricerche, in senso lato, di storia sociale o culturale, né rilevante soltanto per la ricostruzione di singole istituzioni del Ventennio più immedia-

(6) Si veda, soprattutto, ivi p. 45 e ss.

(7) Assai interessanti sono, al riguardo, le pagine dedicate al problema dei giudici ex-austroungarici (ivi, p. 136 e ss.).

(8) Ivi, p. 26; ma indicazioni identiche mi pare si possano ricavare da libro della Cioli che in più di un'occasione sottolinea la necessità di avvicinarsi al fascismo con occhi liberi da valutazioni pregiudiziali, e disposti, per ciò, ad accettare il confronto con la ricchezza multiforme e talora contraddittoria dell'esperienza fascista.

tamente coinvolte dalla politica fascista di organizzazione delle masse; il riferimento al nesso Stato-società, diventa, al contrario, un irrinunciabile e condiviso presupposto del discorso storiografico, quale che sia l'oggetto di indagine prescelto. Controllo e (creazione del) consenso si presentano, così, alla stregua di termini necessariamente correlativi, chiamati a disegnare il campo di tensione all'interno del quale si giocò buona parte della scommessa politica, sociale e culturale del fascismo (9).

Laddove un simile recupero sembra abbia concorso — ecco una seconda conseguenza — a (ri)dare corpo, e a rendere quanto mai attuale, una nozione, quella di totalitarismo, che ha vissuto alterne fortune storiografiche (10). È stato soprattutto il riferimento al tema della costruzione dell'ordine, di un ordine che all'indomani del primo conflitto mondiale non appariva più conseguibile per effetto della interazione spontanea e storicamente necessitata delle forze sociopolitiche, ad aver permesso agli storici di fissare un importante momento di discontinuità all'interno del quale collocare il riferimento al totalitarismo. « L'ordine fascista è », ed appare, « un ordine costruito » (11), un ordine che nasce dalla ricerca di una organizzazione del potere (e dei poteri in genere) capace, appunto, di costruire la relazione tra le masse e lo Stato e di ripensare, alla luce di quella relazione, ruolo e funzioni dello stesso tessuto istituzionale pubblico. Se dunque l'ambizione di conquistare allo Stato l'intera vita della Nazione postulava la presenza di un potere capace di elaborare un *progetto* di convivenza rispetto al quale chiedere e promuovere l'adesione della società superando i limiti di una mentalità, quella liberale, che aveva invece immaginato lo Stato come « forma indifferente al contenuto » (12), i riferimenti al totalitarismo sono serviti e servono a prendere sul serio, come usa dirsi oggi, il *complesso di dottrine* che cercarono di chiarire i contorni della nuova vocazione totale dello Stato (13).

Non riconducibili soltanto a un'accolita di apologeti (più o meno) improvvisati, ma espressione di una lucida strategia di edificazione dello Stato nuovo, a essere restituiti sono i contorni di una robusta orditura culturale che ambì a porsi al centro del processo di ristrutturazione e

---

(9) In tal senso, espressamente, CIOLI, p. 211.

(10) Cfr., ad esempio, ivi, p. XXIV.

(11) P. COSTA, *Civitas - Storia della cittadinanza in Europa*, IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 271.

(12) In questo senso la lettura critica di Giovanni Gentile che fu, non a caso, uno dei più convinti promotori del ruolo anche politicamente formativo della cultura; il riferimento è tratto da G. GENTILE, *Fascismo identità di stato e individuo* (1927) in *Il fascismo. Antologia di scritti critici*, a cura di C. Casucci, Bologna, il Mulino, 1982, p. 257.

(13) Cfr. CIOLI, p. 74 e ss.

rinnovazione della vita nazionale (14). Molte e diverse furono le letture offerte di tale processo, ma ad apparire condivisa non fu solo l'aspirazione totalitaria, l'aspirazione a serrare nei ranghi del nuovo Stato l'intero fascio delle energie sociali, politiche ed economiche, ma anche, e preliminarmente, l'aspirazione a riscattare l'isolamento della cultura, a superare quello iato tra pensiero e azione che appariva causa non ultima del declino degli ordinamenti. Di nuovo, dunque, un profilo di articolazione e complicazione, quello che impone di sottolineare le differenze e le distanze — Bottai non è Gentile, Panunzio non è Maggiore, Rocco non è Spirito, ecc. — ma, insieme, la rilevazione delle concordanze, sotto la specie della rivendicata centralità degli intellettuali e della cultura nella individuazione delle (diverse) strade ritenute capaci di chiarire il senso della missione storica del fascismo, della sua vocazione totale.

Ed è proprio solcando il crinale lungo il quale si modula il rapporto, che si asseriva necessario, tra arte e vita (15), che la Cioli ricostruisce con sicurezza e agilità le diverse anime del discorso artistico novecentesco, le sue evoluzioni interne e le sue relazioni col regime. I ricorrenti richiami allo *Zeitgeist* diventano, da questo punto di vista, l'autentico filo rosso dell'intero lavoro, il prisma capace di assorbire e rifrangere le molte e intersecate vicende esaminate dall'autrice. *Zeitgeist*, anzitutto, come riferimento decisivo per mettere a fuoco l'identità di un universo artistico interessato non solo a vivere nel suo tempo, a captarne, appunto, lo spirito, ma a contribuire in prima persona alla costruzione del domani, partecipando da protagonista alla auspicata palingenesi della vita nazionale. E se la storia delle diverse epoche è anche la storia dei generi letterari che le percorrono, i veicoli attraverso i quali si espresse la nuova arte — manifesti e riviste *in primis* — valgono a segnalare la presenza di un dibattito acceso all'interno della comunità artistica, ma anche, e contemporaneamente, la presenza di

---

(14) Cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo dall'antigiolittismo al fascimo*, Roma-Bari, Laterza, 1982; P. COSTA, *Lo Stato immaginario - Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; ID., *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza 1990, p. 127 e ss.; ID., *Lo Stato totalitario: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), I, p. 120 e ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica*, cit.; *Diritto, economia, istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di A. Mazzacane, Nomos, Baden Baden, 2002. Una necessaria avvertenza: i riferimenti al discorso storiografico contenuti in queste pagine sono ridotti al minimo, lontani, pertanto, dal riflettere le molte e diverse articolazioni di cui quel discorso si è composto e si compone.

(15) Cfr., ad esempio, ivi, p. 78 e ss.; ma si tratta di un motivo che percorre l'intero libro.

una comunità alla ricerca di interlocutori esterni, chiamati a dar corpo e ad abbracciare la sfida modernizzante che si levava dai cenacoli artistici. Lo *Zeitgeist* diventa così il riferimento che permette di restituire l'orientamento fortemente prescrittivo della cultura futurista ma anche di quella novecentista, che « con il futurismo ha gareggiato nel 'rappresentare' nel modo migliore, le ambizioni del regime » (16): a dividere le due correnti, com'è noto, fu soprattutto una diversa tematizzazione del ruolo della tradizione, oggetto di una critica corrosiva e iconoclasta da parte del (primo) futurismo (17) e invece ritenuta depositaria di armoniche plasticità dai novecentisti (18). In entrambi i casi tuttavia, era il futuro che continuava a presentarsi come l'autentico terreno di elezione per le due diverse scommesse artistiche; a fronteggiarsi furono, infatti, due diverse modalità per conquistare il futuro e per affermare il « ruolo politico dell'artista » (19).

Solo in virtù di questa comune protensione al futuro che tenne ben lontana anche dall'orizzonte novecentista ogni prospettiva di *laudatio temporis acti*, lo *Zeitgeist* riusciva a diventare terreno di contesa rispetto alla interpretazione del ruolo storico del fascismo, del suo spirito autentico (20). I rapporti tra arte e regime s'inseriscono dunque in un contesto che affianca — appunto: articola — motivi e dimensioni molteplici: l'esigenza di rivendicare la primogenitura dell'intuizione rivoluzionaria (fu il futurismo ad aver contribuito a far scoccare, prima, e a vivificare, poi, la scintilla fascista o è stato il fascismo che solo è riuscito a dar corpo e senso compiuto alle aspirazioni di cambiamento espresse dal futurismo già da prima della guerra? (21)), ma anche i frastagliati processi di trasfigurazione che quella intuizione subì durante il ventennio, processi che trovarono nelle espressioni artistiche un importante momento di verifica e, a un tempo, di propulsione. Il Regime e le forme di arte che con esso intrattennero i rapporti più significativi vengono cioè presentati come realtà in movimento, in un complesso gioco di influenze che rende difficile (ma neppure troppo rilevante a livello storiografico) la identificazione del 'motore primo' del cambiamento: se sia stata l'arte o la politica a intuire o dettare l'agenda delle evoluzioni o se entrambe siano state figlie di un (mutevole) spirito del tempo che valse a determinare gli assestamenti di rotta e a riscriverne, di volta in volta, le modalità di interazione.

Di tali svolgimenti preme mettere in rilievo due aspetti che mi paiono centrali nel restituire l'intreccio tra persistenze e novità; in

---

(16) Ivi, p. XI.
(17) Ivi, p. 118 e ss.
(18) Per le vicende che portarono alla nascita di *Novecento*, cfr. ivi, p. 39 e ss.
(19) Ivi, p. 34. e p. 160 e ss.
(20) Cfr., tra i tanti luoghi, ivi, p. 42.
(21) Ivi, p. 95 e p. 170 e ss.

particolare, il riferimento va alle evoluzioni interne alla galassia futurista e al transito, in essa riscontrabile, dal culto indiscusso della velocità, dei suoi « idol[i] di brevità » (22) e di modernità (le macchine), a una lettura meno entusiasticamente celebrativa del volto progressivo della modernizzazione. Nel determinare questi scarti di prospettiva, un ruolo importante — nota la Cioli — fu giocato dall'esperienza della grande guerra che mise a nudo il potenziale distruttivo delle macchine e della tecnologia (23), e, successivamente, dall'arricchimento del catalogo dei saperi, arricchimento cui si mostrò sensibile lo stesso universo artistico (attratto, ad esempio, dai tempi e dai modi dell'inconscio portati alla luce dalla nuova scienza psicanalitica) (24). E si trattò di suggestioni che furono colte e catturate — in questo senso mi pare vada la ricostruzione della Cioli — anche perché utili a mettere a fuoco, per il futurismo, i contorni di un'identità che gli permettesse di non abitare solo la « caducità » e la « transitorietà » (25) del presente, che gli permettesse cioè, e in maniera solo apparentemente contraddittoria, il deposito e la consolidazione della sua (intatta) vocazione di avanguardia (26).

A tutto ciò si aggiunge, intrecciandovisi fittamente, la relazione con il fascismo (27); con un fascismo che deponeva lo « spirito diciannovista » per farsi « ragion di Stato » (28) e che, per questo, aveva bisogno — al pari del futurismo — di avviare la costruzione di un nuovo corso storico oltre l'impeto demolitivo delle origini (29). Dove a rimanere immutate, all'interno di un panorama pur così mosso e variegato, furono (almeno) due acquisizioni: pure attraverso una significativa evoluzione nella individuazione dei destinatari da 'educare' —

---

(22) Ivi, p. 10, con riferimento al 'primo' futurismo, quello anteguerra.

(23) Cfr. ivi, p. 29 e ss.

(24) « Questo — dice l'autrice — non equivaleva a un rifiuto della modernità, quanto, piuttosto, a un ripensamento della stessa, per cui il futurismo avrebbe stabilito nuovi parametri [...] esso avrebbe istituito un rapporto privilegiato con la scienza — come la fisica, la matematica e, in modo diverso, la psicanalisi — piuttosto che con la tecnologia, e alla 'Macchina' avrebbe attribuito un significato più intimo, psicologico, tendente a sconfinare nell'assoluto » (ivi, p. 26); nello stesso senso, ivi, p. 82 e ss. e p. 111 e ss.

(25) Così A. Sant'Elia (cit. in ivi, p. 16).

(26) Ivi, p. 89 e ss. e p. 98 e ss.; all'interno di questa evoluzione, si colloca la stessa scelta, maturata alla fine degli anni Venti, per l'aeropittura, su cui si cfr. ivi, p. 99 e ss.

(27) Cfr., specialmente, ivi, p. 21 e ss., con riferimento alla fondazione del Partito politico futurista che alla fine del '19 si fuse coi fasci di combattimento.

(28) Ivi, p. 24.

(29) Ivi, p. 116.

le *élites* dapprima, e, dalla metà degli anni trenta, le masse (30) —, rimase intatta sia la rivendicazione di un ruolo formativo dell'arte rispetto alla creazione dell'italiano nuovo, sia l'attenzione organica prestata dal fascismo al mondo dell'arte (31). Considerata dal regime un importante veicolo di politica culturale e (quindi) di politica *tout court*, l'arte di futuristi e novecententisti mirava, dal canto proprio, ad accreditarsi come l'interlocutore privilegiato dell'ala colta, culturalmente attrezzata, del regime, contro le grossolanità retrive dei ras alla Farinacci (32).

3. Ma prendere sul serio la vocazione totalitaria del fascismo non significa soltanto prestare attenzione al *tessuto dottrinale* che la volle esprimere; significa anche, e contemporaneamente, considerare la *organizzazione istituzionale* messa in campo dal regime per tradurre quella vocazione. E questo — ma la notazione è probabilmente superflua — apre le porte a ulteriori articolazioni del discorso storiografico, bene espresse dai libri di Cioli e Focardi. Il tentativo di connettere vicende e prassi istituzionali a un retroterra ideale e simbolico che si assume essere tutt'altro che improvvisato concorre infatti a caratterizzare in modo peculiare altre due *vexatae quaestiones* che molto hanno occupato e affaticato le ricerche degli storici: la questione della distanza tra intenti e realizzazioni e l'altra, a essa strettamente connessa, del rapporto — continuità o cesure? — tra la precedente esperienza liberale e il fascismo, e tra quest'ultimo e la successiva storia democratica.

---

(30) Ivi, p. XXII; e fu un'evoluzione che incise sulla scelta dei soggetti da rappresentare, sulle tecniche utilizzate e sulle dimensioni delle opere d'arte: assai belle e interessanti al riguardo le p. 184 e ss. e le p. 193 e ss. relative alla stagione della plastica murale futurista appunto iniziata alla metà degli anni Trenta. « Con la plastica murale — nota la Cioli — il futurismo non solo abbandonava definitivamente la provocazione e la sfida dei primi anni di vita, ma dichiarava apertamente di passare dall'intento 'politico' di costruzione della tecnica all'intento 'sociale' di formare l'italiano fascistizzato. In tale intento, altamente 'comunicativo', l'opera doveva tornare a essere — o forse sarebbe meglio dire, trattandosi del futurismo, doveva diventare per la prima volta — comprensibile » (ivi, p. 197).

(31) E non solo al mondo dell'arte, come giustamente nota l'autrice, gettando uno sguardo anche sulla politica fascista di organizzazione della ricerca scientifica, che fu particolarmente decisa soprattutto nel primo decennio di regime; in questo senso, si far riferimento, ad esempio, alla nascita del CNR nel 1923 e al « nuovo impulso offerto dal fascismo all'attività della Sips — società italiana per il progresso delle scienze » (ivi, p. XVI-XVII). Per la politica del regime verso il mondo artistico, cfr. tra i tanti possibili riferimenti, ivi, p. 43 e ss. e p. 208 e ss.; per la convergente aspirazione di fascismo e futurismo rispetto alla formazione dell'uomo nuovo, si veda, ad esempio, ivi, p. 72.

(32) Per le sue polemiche con Marinetti, cfr. ivi, p. 51 e ss.

Andiamo per ordine. La rilevazione di un'imponente sfasatura tra le ambizioni 'rivoluzionarie' del fascismo e le relative traduzioni istituzionali pare non serva più, o non serva più soltanto, ad archiviare l'afflato novatore del fascismo e a collocare altrove — la violenza, la repressione, il sospetto, la delazione; ma anche e specularmente: l'irresolutezza, l'incompiutezza — il volto effettivo del regime. A emergere, nella storiografia più risalente, sono state immagini spesso opposte ma in ogni caso protese a tracciare, *attraverso* o *malgrado* il regime, una estesa linea di continuità tra il prima ('liberale') e il dopo ('democratico'). *Attraverso* il regime, nel segno dell'incontrastato dominio delle classi dominanti, dominio iniziato assai prima del Ventennio e non esauritosi con esso (33), oppure nel segno della perdurante e costitutiva incapacità (italiana) di elaborare un modello di sviluppo in senso lato non autoritario, incapacità ben testimoniata dalla c.d. continuità delle istituzioni tra liberalismo e fascismo e tra fascismo e Italia democratica (34). Ma non meno estesa è apparsa la linea di continuità quando (malgrado il regime) ci si è riferiti all'incapacità del fascismo ('incompiuto'?) di espugnare adeguatamente società e istituzioni italiane. Con l'effetto, non secondario, di autorizzare improprie suture tra il secondo Ottocento e il secondo Novecento: bastava scrivere, sulla parentesi fascista, « *hic sunt ruinae* » e « ripigliare il cammino, senza voltarci indietro » (35).

Ove invece il problema della distanza tra intenti e realizzazioni diventi l'occasione per concentrare l'attenzione sulle dinamiche interne

---

(33) In tal senso, com'è noto, una delle prime letture della politica fascista e corporativa, quella di E. Rossi, *I padroni del vapore*, Bari, Laterza, 1955.

(34) Cfr., ad esempio, l'interpretazione di C. Pavone, *Alle origini della repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995.

(35) P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in « Rivista di diritto processuale », I, 1950, p. 273. « Anche noi giuristi — proseguiva Calamandrei — ci siamo rimessi al lavoro, cercando di non voltarci indietro. Per gli abitanti di certe plaghe sismiche non vale la prova delle periodiche devastazioni ad allentare il loro attaccamento a quella patria malferma, e dopo ogni cataclisma ricominciano a costruire su quella stessa terra vacillante: così noi giuristi siamo di nuovo intenti a dissotterrare dalle macerie le travature dei nostri edifici logici, e a restaurare le nostre *cattedrali di concetti*. Ripigliamo il cammino come se l'avessimo lasciato ieri; ricominciamo » (*ibidem*). Quella di Calamandrei non è, evidentemente, la lettura di uno storico, ma di un protagonista della scienza giuridica negli anni del fascismo e in quelli successivi della democrazia. Simili letture del fascismo, tuttavia, hanno prodotto anche importanti effetti storiografici nel senso di minimizzare l'impatto della stagione fascista sul corso della storia nostrana; cfr., in tal senso, Mazzacane, *Introduzione* a Id., *Diritto, economia, istituzioni*, cit., p. 3 e P. Cappellini, *Il fascismo invisibile - Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), I, p. 183 e ss.

al regime, l'intonazione del discorso storiografico tende a mutare sensibilmente timbro. Anzitutto perché — è osservazione già fatta altrove in riferimento ad altri recenti lavori — la rilevazione di quella distanza, che senza dubbio caratterizzò la parabola storica del fascismo, non sembra esimere dal ricostruire il paesaggio delle incidenze effettive, degli sviluppi — magari diversi da quelli immaginati — che realmente si produssero negli anni del regime e che in vario modo si proiettarono sulla storia successiva. Rilevante, in tal senso, il riferimento al corporativismo, al fallimento forse più macroscopico della politica fascista: la mancata realizzazione di quella *renovatio ab imis* della vita nazionale e delle relazioni tra diritto, politica ed economia che doveva costituire il *quid proprium* della scommessa corporativa, non vale più ad autorizzarne una corriva archiviazione a livello storiografico. Non solo perché molti dei 'discorsi' impegnati a definire i tratti del nuovo ordinamento sono cominciati ad apparire, da un certo punto in poi, culturalmente robusti (36), ma anche perché gli stessi esiti prodotti dal funzionamento effettivo della macchina corporativa sono parsi degni di attenta considerazione storiografica (37).

Non si perviene, in questo modo, ad azzerare il valore delle precedenti interpretazioni, semmai si cerca di comporle in un quadro più sfaccettato, attento a intersecare e mettere in comunicazione aspetti diversi e talora contrastanti, difficilmente riconducibili, come tali, a letture monocausali. Né si chiudono, in tal modo, i canali col prima e col dopo, semplicemente continuità e discontinuità vengono tracciate a partire dal riconoscimento di una specifica e inconfondibile fisionomia storica e storiografica del ventennio. Quanto poi gli scarti tra discorsi e realizzazioni siano attribuibili a resistenze del vecchio mondo, oppure a inceppamenti riconducibili esclusivamente alla dialettica dei poteri inaugurata dal fascismo, o ancora alla (alterna) connivenza del regime rispetto ai diversi blocchi sociali, resta un dato rilevante da studiare che tuttavia non condiziona ed esaurisce l'intero spettro dell'indagine storiografica.

---

(36) Mi limito, al riguardo, a richiamare il volume di G.P. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista - il mito del corporativismo*, Roma, Carocci 2006, volume di particolare interesse proprio perché in esso l'autore sembra rivedere alcune posizioni espresse un trentennio addietro sulla vicenda corporativa.

(37) Così, ad esempio, nella compressione estrema del potere contrattuale del sindacato è stata vista l'origine del volto ultrarivendicativo del sindacato stesso (A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 98 e ss. e p. 127 ss.), come nel malfunzionamento delle corporazioni quale 'Stato maggiore dell'economia italiana' si è scorta la fonte (o la consacrazione) di quegli atteggiamenti oligopolistico-clientelari del capitalismo italiano che tanta parte avrebbero avuto anche nella successiva storia nazionale (così invece S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 123 e ss.).

Ora mi sembra che Cioli e Focardi, ciascuno dal proprio punto di vista, tentino con successo di restituire i contorni di un panorama parimenti complesso e frastagliato. Indubbiamente, la Cioli evidenzia un forte profilo di discontinuità rappresentato dall'attenzione prestata dal regime al mondo della cultura e dell'arte in specie, attenzione caratterizzata dal pieno ingresso della stessa arte contemporanea tra le manifestazioni degne di considerazione (38). All'interno di questo perimetro, l'autrice ricostruisce i vari processi di organizzazione istituzionale, di 'entificazione' dello stesso mondo dell'arte, non mancando di sottolineare il peso giocato dal valore delle personalità incaricate di gestire tali processi, dal loro peso politico, dal legame delle diverse espressioni artistiche con i diversi ambienti del fascismo, scarsamente disposti a rinunciare, pure in questo ambito, al proprio punto di vista (significativa, al riguardo, « l'istituzione di due Premi, il bottaiano Premi Bergamo e il farinacciano Premio Cremona » (39)). Che poi, anche in tal caso, il regime figurasse nella veste dell'occhiuto e disinvolto manovratore, consapevole che la preservazione di sacche di dialettica interna avrebbe accresciuto, anziché diminuito, il suo spazio di azione e la sua capacità di ottenere consenso da fronti diversi (40); oppure che simili contrasti e movimenti interni, con la relativa proliferazione di strutture e potentati, valessero a strozzarne le attitudini di demiurgia socio-politica, in ogni caso a risultare sempre meno pervie e praticabili sono ipotesi interpretative capaci di prescindere dalla ricostruzione ravvicinata di tali dinamiche.

---

(38) « Grazie al futurismo l'arte moderna cessò di essere da noi un amore clandestino [...] e divenne un problema nazionale della Nuova Italia ». La citazione, tratta da Carlo Carrà, si legge in Cioli, p. 36; cfr. anche ivi, p. 255 e ss., per una valutazione di insieme dei rapporti tra arte e regime, rapporti che non possono essere ridotti, per l'autrice, nell'ambito delle mere strategie di cattura del consenso, apparendo piuttosto l'espressione di una vocazione al rinnovamento del fascismo che passava anche attraverso l'arte.

(39) Ivi, p. 56 e pp. 212 -213 sul premio Bergamo.

(40) In tal senso, ad esempio, sembrerebbero andare le affermazioni del 1926 di Mussolini secondo il quale « l'arte fascista non si identificava con un'arte di Stato, cioè con una determinata tendenza o movimento che avesse il monopolio di esprimere i contenuti e i programmi del regime » (sul punto cfr. ivi, p. 53). Questo intervento del Duce dette inizio, nello stesso anno, a un'inchiesta promossa da « Critica fascista », la rivista fondata e diretta da Bottai — da uno degli uomini di regime 'colti' —, inchiesta orientata a sondare cosa dovesse intendersi per arte fascista (ivi, p. 54). Nel commentare i risultati dell'iniziativa « Bottai non solo ribadiva la centralità della qualità e del merito, ma sgomberava altresì il campo dall'idea di una definizione ufficiale dell'arte » (ivi, p. 55).

Così, quando Focardi parla di « policrazia fascista » (41) e sottolinea, allo stesso tempo, la vocazione totale del regime, non cade in contraddizione ma contribuisce, a mio avviso, a restituire una fisionomia compiuta (e complessa) al fascismo. I profili di discontinuità sono, in questo, caso (apparentemente) più sfumati: perché « le leggi più importanti sull'ordinamento giudiziario furono varate nel 1923 (un'eredità delle proposte dei decenni precedenti, quindi del periodo liberale) e nel 1941, trapassando poi con alcune modifiche in epoca repubblicana » (42). « Ha dunque [...] scarso valore — prosegue l'autore — parlare di cesura del 25 luglio del 1943 [e ...] le cesure diventano ancor meno chiare e distinguibili se dalle istituzioni passiamo a considerare gli uomini » che occuparono i più alti gradi dell'ordinamento giudiziario. Tanto che, nota Focardi, l'autentico punto di discontinuità rispetto ai modi e alle forme di azione e organizzazione del corpo giudiziario va collocato oltre il 1945 « con la promulgazione della Costituzione e, ancor più, con l'attuazione della stessa a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta » (43).

Ma i confini appaiono più sfumati anche se si pone mente ad alcuni dati più direttamente considerati dal lavoro dell'autore: la permanenza del principio gerarchico nella strutturazione del corpo giudiziario (44) e la risalente abitudine a svolgere indagini sui magistrati, sulle loro relazioni e frequentazioni politiche e personali (45). Non meno forti, tuttavia, sono i segni di discontinuità. Dall'inizio dell'anno giudiziario spostato al 28 ottobre (46), alla progressiva comparsa nei fascicoli dei magistrati, del riferimento a onorificenze fasciste: la partecipazione alla marcia su Roma (dal 1931) e il riferimento alle medaglie di legionario fiumano e dell'ordine di Scandeberg (dal 1943), « a dimostrazione di come il regime non fosse fermo, ma proseguisse nello stabilire graduatorie e nel cercare ulteriori spazi nell'apparato dell'amministrazione pubblica per i suoi militi-funzionari [...] riconoscendo un suo momento fondante nell'impresa fiumana di D'Annunzio, valorizzandola come titolo di merito del pubblico impiego » (47). Sarà soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni Trenta che si infittiranno, nei verbali del Consiglio giudiziario chiamato a esprimere pareri sulla condotta del corpo giudiziario, i riferimenti alle inclinazioni politiche

(41) FOCARDI, p. 111.
(42) Ivi, p. 20.
(43) *Ibidem.*
(44) Ivi, p. 48.
(45) Ivi, p. 41 e p. 126; sul fronte della « pratiche di azione dei vertici della magistratura » Focardi ritiene che possa essere tracciata una linea di continuità che dall'Italia liberale arriva a oggi (ivi, p. 180).
(46) Ivi, p. 118.
(47) Ivi, p. 117.

dei magistrati e alle loro professioni di fede fascista. Per arrivare all'espressa previsione, contenuta in « una norma dei primi anni '40 [... che] permetteva di superare colleghi con maggiore anzianità di servizio [...] qualora uno fosse stato iscritto al Pnf ininterrottamente dai tempi della marcia sul Roma » (48).

Ma accanto a molte carriere facilitate dall'adesione al fascismo, emergono, contemporaneamente, percorsi rispetto ai quali il criterio tradizionale dell'anzianità di servizio o gli attestati di stima, esclusivamente professionali, provenienti da colleghi e avvocati determinarono progressioni di grado non inquinate dai riferimenti al fascismo (49). O ancora, Focardi ricostruisce casi nei quali fu possibile superare pareri sfavorevoli sulla condotta politica e ottenere i miglioramenti di carriera o di sede richiesti (50). A determinare questa complicata realtà di compresenze concorsero molti fattori: dalla affezione al tradizionale stile di ceto, 'corporativo', da parte dei magistrati, alla situazione del fascismo locale, diversamente capace di incidere sulle carriere a seconda che fosse saldamente in mano a personalità egemoni o viceversa percorso e depotenziato da lotte interne. Di nuovo, a restare aperta è la valutazione sul ruolo del regime: se tenuto, suo malgrado, a venire a patti con il passato e con il ruolo della corporazione magistratuale, se vittima delle smagliature interne al proprio sistema di potere, oppure se capace di dosare disinvoltamente qualità e quantità degli interventi, scorgendo in tale alternanza di contegni un ottimo canale per ottenere adesione alla propria politica. E l'adesione della magistratura al fascismo, nota Focardi, fu (ben prima che la tessera del pnf, nel 1932, divenisse obbligatoria (51)) tutt'altro che marginale, anche se motivata, a seconda dei casi, con riferimento al volto restaurativo o rivoluzionario del fascismo, a conferma di una articolazione anche interna al ceto nella valutazione del regime, della sua portata storica (52).

4. Da un simile punto di vista, i riferimenti (bifronti) al ruolo del diritto, e della legge, mi pare che confermino la complessità del territorio esplorato da Focardi. Per chi scrive e ha una formazione giuridica, ricoprono particolare interesse due osservazioni formulate dall'autore. La prima è ricavata dall'esame dei discorsi inaugurali che si

(48) Ivi, p. 42. L'ordinamento giudiziario del 1941 stabilì poi, all'art. 8, che l'accesso alla magistratura fosse riservato a soggetti « di razza ariana, di sesso maschile e iscritt[i] al Pnf » (ivi, pp. 188-119).

(49) Cfr. ivi, p. 120 e ss.

(50) Cfr., ad esempio, i casi di Pezzotti e di Paladini illustrati ivi, p. 73 e p. 194.

(51) Ivi, pp. 22-23.

(52) Cfr., ad esempio, ivi, p. 40.

tenevano annualmente, pur con alcune significative interruzioni (53), presso le Corti di Appello in occasione della apertura dell'anno giudiziario. « In generale, questi discorsi — nota Focardi — dopo aver deprecato la disagiata condizione dell'immediato dopoguerra, si dilungavano nell'elogio del fascismo; una magnificazione che si realizzava tramite il ripetuto utilizzo di due concatenate argomentazioni: la capacità del regime di restaurare l'autorità statale e di plasmare la forma di un paese ormai assurto a modello da imitare ». Laddove « l'esame delle locuzioni utilizzate non solo consente di evidenziare la mentalità conservatrice degli alti magistrati, ma anche di registrare il tentativo — con l'insistenza sull'importanza del diritto quale fondamentale strumento di legittimazione del regime — di segnare un punto a favore dei togati nel delicato rapporto tra questi ultimi e il potere politico » (54).

L'altra osservazione riguarda invece le diverse direzioni in cui si prestò a essere utilizzato il richiamo al rispetto della legge: quel rispetto poteva infatti servire a dar corso ad alcune tra le più odiose manifestazioni del regime, come le leggi razziali (55), ma anche, e simultaneamente, a porre nel nulla — specie negli anni di Salò e della Resistenza cui sono dedicate alcune tra le più belle pagine del libro — arresti e procedimenti sommari, svoltisi al di fuori dal calco e dalle procedure previste dalla legge (56). Dove a risultare con sufficiente chiarezza non è solo l'immagine di un regime che, agli occhi dei magistrati, ripeteva la propria legittimità dal saper parlare attraverso il diritto, ma anche l'immagine, complementare, di un diritto brandito e vissuto essenzialmente come schermo formale, pur se utilizzato per scopi opposti. Col rispetto delle forme che, nel primo caso, esimeva (e assolveva) dall'esame dei contenuti e, nel secondo, serviva (sia pur meritoriamente) a contestare il volto di una prassi (politica), lontana dagli orizzonti (tecnico-formali) del giure.

Fu anche in nome di questa concezione del diritto, di un diritto che si asseriva costitutivamente estraneo alla prospettiva del progetto, dell'organizzazione complessiva della convivenza, che diventò possibile, alla caduta del regime, accettare senza soverchie difficoltà (o addirittura

---

(53) Ivi, p. 56.

(54) Ivi, p. 59.

(55) Cfr. ivi, p. 204 e ss. per il diverso tasso di rigidità col quale i diversi organi giudiziari applicarono le leggi razziali. Con riferimento esplicito alle recenti ricerche di Abbamonte e Speciale, Focardi richiama l'attenzione anche « sulle piccole forme di resistenza che alcuni giudici dopo il 1938 opposero alla piena applicazione delle leggi razziali » (ivi, p. 25). Sull'incidenza che la legislazione razziale ebbe nel troncare carriere di avvocati e magistrati, cfr. ivi, p. 190 e ss.

(56) Cfr. p. 209 e ss.; e specialmente p. 218.

rivendicare con orgoglio (57)) una importante continuità degli uomini, delle istituzioni e degli stessi discorsi della *scientia iuris*, di una scienza che tardò a percepire la duplice frattura rappresentata dall'avvento del fascismo, prima, e dall'avvio del corso democratico, dopo (58). Certo, si tratta di capire se la continuità degli uomini, delle norme, delle istituzioni e dei discorsi abbia rappresentato (solo) uno dei segni di un processo democratico dal decollo faticoso o se abbia espresso (anche) la diversa possibilità, per quel tessuto di permanenze, di vivere una seconda vita conforme alla piattaforma di valori risultante dalla nuova Carta costituzionale. Si tratta insomma di capire fin dove si possa spingere l'attitudine del diritto e delle sue principali espressioni a veicolare finalità differenti e contrapposte, che è poi il modo di chiedersi se e quanto il tenore di quelle manifestazioni appaia indissolubilmente legato ai propri natali storico-politici e perciò vincolato a un insieme di contenuti insuscettibile di trasfigurazioni ed esistenze plurime.

Le risposte a queste domande sono in gran parte aperte e attuali; mi pare tuttavia che, anche per gli studi sul fascismo giuridico si siano cominciati a raccogliere frutti nuovi e importanti nel momento in cui si è deciso di giocare, a livello storiografico, la carta della articolazione. Mi spiego: finché ci si è chiesti quanto fascisti (o fascistizzati) fossero il diritto e la cultura giuridica, il campo rimaneva aperto (solo) a letture di segno opposto; in ogni caso, però, si finiva per presupporre una univoca definizione dell'universo 'fascista' col rischio di rimanere impigliati in formulazioni manichee, più interessate a veicolare 'condanne' o 'assoluzioni' che a ricostruire le modalità di interazione tra diritto e regime.

Da questo punto di vista, la progressiva disponibilità ad accettare il confronto con un territorio articolato non pare abbia condotto a diluire la specificità della stagione fascista; al contrario, mi pare abbia concorso a moltiplicare i fronti della possibile interazione tra fascismo e diritto contribuendo all'abbattimento di alcuni significativi 'tabù'. Mi limito a segnalarne, rapidamente, tre. Il primo: percorrendo la pista aperta da un lontano e pionieristico lavoro di Paolo Ungari, i giuristi di regime sono cominciati ad apparire giuristi al pari degli altri, al pari dei 'giuristi della tradizione', sebbene portatori di una visione del diritto nuova, e nuova anche perché orientata a mettere a fuoco la frontiera,

---

(57) Così Focardi con riferimento alla personalità di Gaetano Azzariti: prima presidente del tribunale della razza e poi guardasigilli del governo Badoglio, assurto « a simbolo di una continuità rivendicata dagli stessi magistrati che travalicava i cambiamenti di regime » (ivi, p. 20).

(58) Per la ricostruzione della scarsa incidenza, alla caduta del regime, dei processi epurativi nel mondo della magistratura e delle professioni giuridiche in genere, cfr. ivi, p. 236 e ss. e Cappellini, *Il fascismo invisibile*, cit.

squisitamente novecentesca, dello Stato totalitario (59). Il secondo: scavando più a fondo sul tessuto dottrinale, normativo e istituzionale, la riposante interpretazione, formulata da Pugliatti (60) e poi seguita da molti, che divideva la scienza giuridica sotto il regime in due uniche e non comunicanti categorie — i formalisti e gli apologeti — ha iniziato a perdere terreno, rendendo 'visibile' il fascismo anche nelle pieghe di discorsi e norme — come il codice civile — reputati per molto tempo immuni da soverchie contaminazioni autoritarie (61). Il terzo: in virtù di questa progressiva articolazione delle relazioni tra fascismo e universo giuridico, ad aver riacquistato peso storiografico sono state anche quelle voci e quelle esperienze che mostrarono di cogliere la novità novecentesca prefigurando ipotesi di organizzazione di Stato e società capaci di superare il regime e (talora) di conquistare, legittimamente, lo stesso futuro democratico (62). E infine: questa stagione del discorso storiografico ha consentito di ricostruire altri e diversi punti di contatto tra fascismo e universo giuridico: tra l'entusiasmo novatore dei giuristi di

(59) Il riferimento è a P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana 1963, lavoro che per molto tempo è rimasto un *unicum* nel panorama storico-giuridico. Per un'accurata e intelligente ricostruzione delle evoluzioni della storiografia (non solo) giuridica rispetto alla utilizzazione della nozione di totalitarismo, si cfr. COSTA, *Lo Stato totalitario*, cit., p. 175 e ss.

(60) Si tratta di S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », IV, 1950, pp. 49-51.

(61) Cfr., ad esempio, R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, Giuffrè 1990; CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit.; MAZZACANE, *Introduzione*, cit.; in modo analogo, sul fronte della riflessione penalistica, si è iniziato a ridimensionare il ruolo di contenimento svolto dalla persistenza di alcuni principi liberali (irretroattività della legge penale, tassatività delle ipotesi di reato ecc.); per tutti, cfr. M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), pp. 817-850.

(62) Mi riferisco, ad esempio, alle interpretazioni della vicenda intellettuale di Mortati che attraverso la dottrina dell'indirizzo politico e i riferimenti alla costituzione in senso materiale, mise a fuoco categorie che sarebbero state rilevanti per l'intero Novecento; di nuovo, a titolo meramente esemplificativo, cfr. F. LANCHESTER, *Costantino Mortati e la dottrina degli anni Trenta*, in, *Costantino Mortati costituzionalista calabrese* (a cura di Id.) Napoli, Esi, 1989; M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, cit.; G. ZAGREBELSKY, premessa a MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, ristampa inalterata, Milano, Giuffrè, 1998; E. CHELI, *Premessa* a MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (ristampa inalterata), Milano, Giuffrè, 2000; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999. Sul fronte del diritto privato, cfr., ad esempio, le letture del pensiero di Filippo Vassalli proposta da C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica*, cit.; e da P. GROSSI, *Il disagio di un legislatore - Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 26 (1997), p. 377 e ss.

regime e lo scetticismo di molti, a emergere è stato anche il ricorrente atteggiamento di chi plaudì ad alcuni aspetti della politica legislativa e istituzionale fascista, prendendo invece le distanze da altri. Laddove il ricorrere di queste letture segmentate, selettive, della scommessa (anche giuridica) del fascismo, rese difficile, alla scienza giuridica di allora, la percezione del complessivo progetto fascista di ristrutturazione della vita nazionale, e, alla scienza giuridica successiva, la tematizzazione della svolta repubblicana.

Il diagramma cronologico lungo il quale si è arricchito e sfaccettato il discorso storiografico è quanto mai mosso, percorso da anticipazioni e voci inizialmente solitarie per poi diventare acquisizione diffusa della più recente storiografia. In ogni caso, al centro di questo processo mi sembra stia una diversa modulazione del rapporto tra diritto e politica: non più universo estraneo ed estraniabile dalla dimensione politica, ma neppure servo — sia pure presentabile perché camuffato dalla sua scorza tecnica — delle diverse ideologie, il diritto ha recuperato, anche per questa via, la sua centralità, la sua veste di dimensione capace di restituire la complessa e multiforme realtà di un'epoca. Quanto, nel determinare questo recupero, abbia giocato la distanza dal ventennio, o l'attenuarsi di altre contrapposizioni (dalla guerra fredda al crollo del muro di Berlino, per capirsi) non è facile da dire. È tuttavia probabile che un ruolo di qualche rilievo lo abbiano svolto anche sollecitazioni di altro segno; è plausibile, in particolar modo, che il persistente riferimento alla crisi e il progressivo arricchimento del suo campo semantico, ben espresso dall'ingresso, nello stesso lessico giuridico, del prefisso 'de' (decodificazione, destatualizzazione, ecc.) abbia stimolato, insieme alle riflessioni sul presente e sulla perdurante centralità politica-regolativa di soggetti e strumenti tradizionali, anche un diverso modo di guardare al passato, sotto la specie del tipo di domande da rivolgere a esso. Il chiedersi se e quando il Novecento sia terminato, potrebbe insomma aver facilitato la percezione della peculiarità novecentesca, contribuendo a restituire allo stesso fascismo una più autonoma — *idest*: articolata — statura storica.

Testimonianze

« UN PUENTE DOCTRINAL ». SCIENZA GIURIDICA ED EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO

INTERVISTA A MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

DI GIOVANNI CAZZETTA E SILVANA SCIARRA

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer è tra i maggiori studiosi europei di diritto del lavoro. Il suo itinerario intellettuale di accademico, organizzatore di cultura, giurista impegnato in ruoli istituzionali di grande rilievo, consente di seguire i percorsi del Diritto del lavoro dal momento del consolidamento disciplinare entro i diritti nazionali del Novecento sino alle odierne trasformazioni dell'età della globalizzazione che Rodríguez-Piñero segue con l'esperienza del ricercatore da sempre attento alla comparazione e al diritto europeo (1). Negli anni Sessanta, egli fu fra i primi a ricoprire in Spagna una cattedra di Diritto del lavoro e poi, nel periodo della

(1) Laureatosi in Giurisprudenza nell'Università di Siviglia nel 1959, perfezionatosi in Università tedesche e italiane (Heidelberg, Kiel, Monaco, Roma), professore dal 1961 di Diritto del lavoro nelle Università di Murcia, di Sevilla (dal 1962) e Alcalá de Henares (dal 1995 al 2005), Miguel Rodríguez-Piñero è stato altresì giudice del Tribunal Constitucional (dal 1986; Presidente dal 1992 al 1995), Consigliere di Stato (prima "Consejero Electivo", poi "Consejero Permanente" e Presidente della sezione seconda, "Justicia,Trabajo y Asuntos Sociales"). Tra gli altri suoi incarichi, quello di membro della Commissione di Esperti per l'Applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni (CEACR) dell'OIL (dal 1995 al 2010) e di Presidente della "Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" (dal 1988 al 2000). Ha fondato e dirige la rivista « Relaciones Laborales ». Una bibliografía della sua vasta opera scientifica può essere letta in *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer* (coord. María Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López, Jesús Cruz Villalón), Madrid, La Ley, 2006, pp. 19-45.

transizione alla democrazia, fu tra i protagonisti del processo di costituzionalizzazione della disciplina. In questo lungo cammino accademico il rapporto con l'Italia è stato costante, sia attraverso la frequentazione di illustri esponenti della dottrina giuslavoristica, sia nell'incontro con giovani studiosi, in particolare nei seminari di diritto del lavoro comparato organizzati a Siena, presso la certosa di Pontignano, dall'inizio degli anni Ottanta in poi.

« Pasión, toga y birrete »: con questo titolo il giornalista Fernando Orgambides annuncia la storia dei Rodríguez-Piñero, « saga gaditana de juristas, políticos y docentes del Derecho ». Che peso ha avuto nella scelta della Facoltà di giurisprudenza e nella "passione" per il diritto del lavoro la sua famiglia? Ricorda qualche episodio rilevante ai fini della sua scelta?

En mi "vocación" de jurista tuvo un peso importante el contexto familiar, la figura de mi abuelo paterno Manuel, un gran abogado gaditano al que no llegué a conocer, y también dos hermanos de mi padre que eran abogados en ejercicio, uno de ellos en Cádiz, donde en los veranos pasaba las tardes en su estudio jurídico. También pesó la familia materna, en la que varios familiares pertenecían a profesiones jurídicas, en especial mi bisabuelo y mi abuelo Miguel, con el que tuve estrecha relación y que influyó mucho en mi formación. Sin embargo, cuando tuve que decidir la carrera a cursar lo más decisivo fue que mi hermano mayor estudiara medicina, la profesión de mi padre, de lo que ya se derivaba que a mí me correspondía estudiar Derecho, una decisión más familiar que personal que acepté sin resistencia, incluso con ilusión.

La "pasión" por el Derecho del Trabajo se inició en el 4º año de la licenciatura, cuando la cursé, no tanto por la calidad del manual o el enfoque de la enseñanza sino por la materia "humana" de que trataba y por mi contacto con organizaciones obreras católicas que, bajo el amparo de la Acción Católica, suponían un atisbo de movimiento obrero semiclandestino.

Quali erano le Sue letture negli anni dell'università? Ci sono

libri (anche non di diritto) che hanno svolto un ruolo importante nella sua formazione?

Algo de filosofía, Hegel y Marx, sobre el que me atreví a escribir algún artículo en una revista universitaria, y libros de historia, economía y sociología. Un libro que recuerdo, también por lo que me costó su lectura, fue el de Popper sobre "La ciudad abierta y sus enemigos". La lectura de libros de Derecho fue muy desordenada, el Derecho Administrativo de un autor alemán que no recuerdo, la traducción del Ennnecerus, algún Tratado de Derecho Mercantil, de Derecho del Trabajo, la traducción argentina de "Il Diritto del Lavoro" de Barassi, un manual argentino de Deveali, y el Tratado de Krotoschin, un judío alemán discípulo de Kaskel exiliado en Argentina.

Come si presentava la Facoltà di diritto di Siviglia nella seconda metà degli anni Cinquanta? Ricorda docenti che hanno esercitato su di Lei un'influenza particolare?

La universidad española de los años cincuenta tenía un panorama negro, desolador. El llamado Sindicato Español Universitario, perteneciente a la Falange, ejercía un control sobre el estudiantado, e indirectamente sobre el profesorado. Tras la Guerra Civil, hubo una depuración de profesores y la marcha al exilio de otros. El acceso al profesorado estuvo políticamente controlado, sobre todo en las asignaturas de más potencial ideológico como la Filosofía del Derecho o el Derecho político, pero el sistema de oposiciones a cátedras se fue haciendo paulatinamente más riguroso.

Predominaba en la enseñanza una asepsia política con un trasfondo conservador. Llamaba la atención que el profesor de Derecho político, formado en Austria con Verdross y Kelsen, en ningún momento abordara la exposición del régimen político vigente ni explicara el constitucionalismo, sino la teoría del Estado y un examen histórico de los sistemas políticos. Hubo alguna excepción, el profesor de Economía, que nos recomendó el "Samuelson", dejaba entrever entre líneas su alejamiento del régimen político. Más abierta era la posición crítica del profesor Giménez Fernández, que había sido Ministro en la II República y que mantenía posiciones cercanas a Maritain y Mounier, y utilizaba las encíclicas papales para

defender valores sociales y democráticos. También nos favoreció una apertura a Europa el joven e inquieto catedrático de Derecho Internacional, que nos presentaba a Europa como la esperanza y alternativa de un cambio en sentido democrático, en un incipiente y semiclandestino Instituto de Estudios Europeos del que formé parte. En lo demás, el nivel del profesorado era solo discreto desde una enseñanza basada en el dato positivo, en modo alguno crítico, pero me permitió tener una base sólida en Derecho Civil, Derecho Administrativo o Derecho Mercantil. Lo más significativo de la Facultad de Derecho de esos años fue la coincidencia de un conjunto de estudiantes intelectual y políticamente inquietos, de los que salieron muy buenos profesionales, y un conjunto relevante de futuros docentes que contribuyeron a la renovación de la propia Facultad sevillana en los años sesenta, y que han sido figuras señeras de su disciplina en diversas universidades españolas.

Lei diventa cattedratico all'inizio degli anni Sessanta. Negli anni Cinquanta si erano svolti i primi concorsi a cattedra di Diritto del lavoro: nel 1956 Gaspar Bayón Chacón era diventato ordinario a Madrid, nel 1958 Manuel Alonso García a Barcellona e Manuel Alonso Olea a Siviglia (poi a Murcia e a Madrid). Quali erano i riferimenti culturali della giuslavoristica di quegli anni? Quale la situazione del Diritto del lavoro nelle Facoltà di giurisprudenza?

La creación de una asignatura de Derecho del Trabajo tuvo lugar en los años cuarenta, bajo el franquismo. Aunque el Derecho del Trabajo encontrara sus bases originarias en la Constitución republicana de 1931, muy influida en su contenido social por la Constitución de Weimar, y en la Segunda República se dictaron leyes laborales muy importantes, significadamente la Ley de Contrato de Trabajo, que acogió en buena parte el proyecto Potthoff, su estudio no se incluyó en las anticuadas Facultades de Derecho, aunque ya aparecían estudios significativos e, incluso, algunos manuales de Derecho del Trabajo destinados sobre todo a las llamadas Escuelas Sociales, centros de formación laboral y de Seguridad Social para los funcionarios y también para los "graduados sociales" que actuaban como gestores en materia social, también en los procesos de trabajo. En el profesorado de las Escuelas Sociales se

fomentaron vocaciones laboralistas, y muchos de los primeros profesores de Derecho del Trabajo habían ejercido docencia en ellas.

La creación de la asignatura de Derecho del Trabajo no dio lugar, como hubiera sido de esperar, a la creación de cátedras específicas, reflejando la desconfianza del régimen hacia este tipo de estudios. Se encomendó entonces la docencia del Derecho del Trabajo a las cátedras de Derecho Administrativo, lo que reflejaba la visión estatalista y reglamentaria de la regulación laboral acorde con el sistema político. Salvo alguna excepción, los administrativistas no dedicaron especial atención al estudio de esta disciplina, ni tampoco a su enseñanza, que no alcanzó un nivel académico satisfactorio. En las Facultades de Derecho, el Derecho del Trabajo estaba algo marginado, incluso en aquellas Universidades, como la de Sevilla, donde el catedrático encargado de la asignatura, Carlos García Oviedo, había publicado un Tratado elemental de Derecho Social. Su contenido, como se deducía del propio título, se centraba sobre todo en la historia del movimiento obrero, en los instrumentos de la política social, el intervencionismo del Estado, el socialismo y la doctrina social de la Iglesia, y dedicaba al estudio del contrato de trabajo sólo un capítulo y una lección del programa, dedicando más atención a la Administración e Inspección del Trabajo y a los Seguros Sociales. Pese a la limitación de ese enfoque, cursé el Derecho del Trabajo con el sucesor de García Oviedo, el profesor Manuel Clavero Arévalo, un excelente y exigente docente que me obligó a estudiar a fondo ese Tratado, y que me facilitó una primera aproximación a la materia a cuyo estudio me dedicaría.

A mediados de los cincuenta, el Derecho del Trabajo requería una notable tarea de construcción dogmática y conceptual para poder colocar a esa disciplina al nivel académico de los demás disciplinas jurídicas. Ello requería estudiosos dedicados específicamente al Derecho del Trabajo, lo que se facilitó por la creación paulatina y tardía de las cátedras propias en las Facultades de Derecho desde mediados de los cincuenta. En ese momento se inició el proceso de creación dogmática del Derecho español del Trabajo como disciplina científica, que pronto alcanzó el nivel de las disciplinas tradicionales. La primera cátedra se dotó en la Universidad de Madrid y a ella accedió en un reñido concurso el Prof. Bayón Chacón, un viejo especialista del Derecho Constitucional republica-

no que se pasó al Derecho del Trabajo, realizando una tesis doctoral sobre "La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo" en la que analizaba la evolución histórica de la supresión de las restricciones a la libertad de trabajo y los inicios de las primeras normas laborales. Junto al Prof. Pérez Botija, publicó un voluminoso manual de Derecho del Trabajo, una obra de "transición" que todavía incluía elementos de política social pero desarrollaba detenidamente el estudio jurídico de las instituciones laborales y, en particular, del contrato de trabajo y de la jurisdicción del trabajo. Su seriedad, su rigor y su capacidad docente puso al Derecho del Trabajo en un nivel digno, y permitió reunir en su cátedra un grupo selecto de discípulos que con el tiempo que se convertirían en catedráticos de Derecho del Trabajo, entre ellos, los profesores Luis Enrique de la Villa, Fernando Suárez o José Vida.

Las oposiciones a las cátedras de Barcelona y Sevilla en 1958 supusieron un cambio más profundo en la doctrina laboralista española. Significaron un cambio generacional, pues los vencedores en esas oposiciones, los profesores Alonso Olea y Alonso García, eran jóvenes, de una formación jurídica moderna, más especializada en Derecho Privado y más aferrada al dato positivo y jurisprudencial, desprendida de los últimos vestigios de la política social. Ambos tenían experiencia práctica profesional y estudiaban y enseñaban un "derecho vivo". Además, salieron de la órbita más asfixiante de Madrid, y en Sevilla y Barcelona pudieron desplegar su labor docente e investigadora en un ambiente más receptivo e innovador, haciendo de inmediato del Derecho del Trabajo una disciplina "estrella", lo que permitió que en esas universidades se formaran equipos de investigadores y docentes. En el caso de la Universidad Central de Barcelona perduraría menos tiempo por el traslado a Madrid del Prof. Alonso García y el traslado a Zaragoza de su discípulo el Prof. Rivero Lamas, sin un sucesor de ese nivel. La "escuela catalana" de Derecho del Trabajo se desarrolló luego en otras universidades de Barcelona, como la Autónoma o la Pompeu Fabra. Al contrario, en Sevilla la semilla sembrada por el Prof. Alonso Olea ha permanecido a través de sus discípulos y los discípulos de sus discípulos y Sevilla continuó siendo un referente importante de un Derecho del Trabajo moderno, renovado y abierto a permanentes contactos con estudiosos europeos y americanos.

A metà degli anni Quaranta a ricoprire la prima cattedra di Diritto del lavoro in Spagna (nella Facoltà di Ciencias Políticas y Económicas di Madrid) fu Eugenio Pérez Botija, il cui Curso de Derecho del Trabajo *(1948) è stato considerato « germen de nuestra disciplina científicamente concebida ». Due le ragioni principali poste da Manuel Alonso Olea a fondamento di tale giudizio: il tendenziale superamento della disputa sull'appartenenza del Diritto del lavoro al diritto pubblico o al diritto privato; il passaggio da una visione di "politica sociale" ad una di "diritto positivo"* (2). *Lei — che, già da studente, ha collaborato con Pérez Botija (del 1958 è il volume, "en coautoría",* Reglamentos de Empresa) — *condivide tale valutazione della sua opera?*

Eugenio Pérez Botija fue un pionero precursor en el Derecho del Trabajo español, y fue el primer catedrático de Derecho del Trabajo (y Política Social), pero en la Facultad de Economía trató de construir el concepto de Derecho del Trabajo, de fundamentar su sustantividad propia y de aclarar sus relaciones con las restantes disciplinas, desligándola del Derecho Público pero sin llegar a insertarla en el Derecho Privado, lo que el marco jurídico del momento no permitía dadas la fuerte intervención del Estado en la regulación del trabajo y en la "administración" del contrato de trabajo. Fue el primer español que asistió a congresos internacionales de la disciplina y que tuvo contactos personales con laboralistas prestigiosos del momento, Nipperdey, Durand, Mazzoni, Mario de la Cueva, Russomano etc., visitando Universidades extranjeras y recibiendo en Madrid a colegas de fuera, tendiendo un puente que aún permanece con la doctrina laboral latinoamericana. Su "Curso de Derecho del Trabajo", cuya primera edición es de 1948, se preocupó de elaborar un concepto del Derecho del Trabajo sobre una base objetiva frente a la tesis alemana, pero en su definición se refiere a los principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores "y de ambos con el Estado" a los efectos de la protección y la tutela del trabajo. Era aun una concepción estatalista de la disciplina en la que los fenómenos colectivos no

(2) Discorso inaugurale dell'a.a. 1966-67 nella "Escuola Social" di Madrid: *La personalidad científica de Eugenio Pérez Botija*, in *Estudios en memoriam del Prof. Eugenio Pérez Botija*, Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1970, vol. I, p. 47 e ss.

aparecían. En ese Curso, el contrato de trabajo ya era objeto de un desarrollo amplio, aprovechando sus atinados comentarios a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Su visión del Derecho del Trabajo superó una visión abstracta de política y de doctrina social alejada de la realidad y aceptó una visión estrictamente jurídica enraizada en la tradición europea (significativamente, la primera cita a pie de página de ese Curso menciona a Hueck, Nipperdey y Sinzheimer). Pérez Botija abrió el laboralismo español a la doctrina extranjera e hizo que nuestra doctrina empezara a tener una dimensión internacional, idea que infundió a sus colaboradores y discípulos, y en general a los jóvenes estudiosos que a él nos acercábamos. Su muerte prematura y el empuje de una generación más joven han hecho que, aun siendo una figura muy respetada, su obra no mantenga actualidad, también por las transformaciones profundas que ha sufrido nuestro ordenamiento laboral.

Quanto ha pesato nei percorsi della giuslavoristica la scelta di tecnicizzazione della disciplina e di abbandono della prospettiva del "derecho social"?

La elección de la tecnificación del Derecho del Trabajo permitió que en poco tiempo el Derecho del Trabajo alcanzara en su elaboración dogmática el mismo rango que otras disciplinas jurídicas consolidadas. Ello no supuso una crisis total de su vocación "social" vinculada a la idea de la protección y tutela del trabajo y a unos principios propios como el de favor laboratoris. Esa tecnificación acentuó el método positivista, sobre todo en el caso del Prof. Alonso Olea cuya formación anglosajona le hacía tomar como base fundamental de su análisis del Derecho del Trabajo la doctrina judicial desarrollada por nuestra jurisdicción del trabajo, separada de la jurisdicción ordinaria. Junto a la jurisdicción penal fue instrumento de represión de los fenómenos de movilización obrera, pero en el plano individual era una jurisdicción de corte "social" centrada, sobre todo, en el contrato de trabajo, y en los accidentes de trabajo con un nivel técnico-jurídico aceptable, aunque la doctrina reflejaba la "idea social" del momento.

Este positivismo jurídico permitió una construcción del Derecho del Trabajo "aséptico". A diferencia del caso italiano del

Derecho corporativo, la doctrina laboral española no trató de racionalizar las bases ideológicas del franquismo, ni de estudiar el Fuero del Trabajo o la Organización Sindical española. El Curso citado de Pérez Botija es buen ejemplo de ello, contiene un capítulo dedicado a la libertad sindical (entonces radicalmente suprimida en España) y otro dedicado a una mera descripción de la estructura de la llamada Organización Sindical española. El sindicalismo vertical, salvo muy concretas excepciones, no fue objeto de contemplación científica ni de una detenida exposición docente.

El Derecho del Trabajo era entonces el Derecho del contrato de trabajo y de la jurisdicción de trabajo. Cuando aparecieron los convenios colectivos sindicales éstos se describían sucintamente dentro de las fuentes de regulación del Derecho del Trabajo. Hubo una desideologización del Derecho del Trabajo desde una visión neutral, no exenta de un cierto trasfondo conservador. A mediados de los años sesenta eso empieza a cambiar, y un hito significativo fue la celebración en 1965 del Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo en Sevilla, donde en los debates sobre algunos temas sensibles, como el derecho de huelga, los laboralistas más jóvenes mostraron posturas claramente críticas del sistema, defendidas desde una perspectiva jurídica. En ciertos sectores de la doctrina se empezaba a reflejar el renacimiento de un movimiento obrero y una defensa de los derechos colectivos cuya plenitud requería en todo caso un marco político democrático, que requería un cambio de régimen que desde la universidad y el estudiantado postulaba movimiento, sobre todo desde marzo de 1968, que tuvo gran impacto en las generaciones jóvenes.

Esisteva prima degli anni Settanta in Spagna una complessiva unitarietà della disciplina giuslavoristica? Quale era la situazione degli studi sul contratto individuale, sul diritto sindacale e sul settore previdenziale? Cosa La spinse a dedicare le Sue prime monografie [3] *alla contrattazione collettiva?*

---

[3] *Eficacia general del convenio colectivo*, Sevilla, 1960; *La rélación colectiva de trabajo a través de sus manifestaciones*, Murcia, 1961.

Antes de los sesenta era difícil hablar de una doctrina iuslaboralística pues eran pocos los catedráticos, solo cuatro, y las diferencias entre ellos eran más de generación que de otra cosa. Pérez Botija y Bayón Chacón mantuvieron una cierta unidad a consecuencia de un Manual común y compartieron discípulos, mientras que Alonso Olea y Alonso García trataron y consiguieron crear sus propias escuelas. En aquel momento no se podía hablar de divisiones dogmáticas o políticas en la doctrina pero sí de modos distintos de enfocarla. La aportación del Prof. Alonso Olea fue trascendental para la consolidación de los estudios del Derecho del Trabajo. Alonso Olea originariamente era un experto en Derecho sindical y había tenido ocasión de estudiar el sindicalismo norteamericano en su estancia en la Universidad de Columbia, no obstante sus estudios se centraron en el contrato individual de trabajo, en los accidentes de trabajo, en la Seguridad Social, que logró sistematizar en su obra "Instituciones de Seguridad Social", y en la jurisdicción del trabajo, también por haber sido Director General de Jurisdicción del Trabajo y Presidente del Tribunal Central de Trabajo, influyendo notablemente en el desarrollo y mejora de la doctrina judicial creada por ese Tribunal.

La Organización Sindical española, que no seguía el modelo corporativo fascista, era más cercana a la organización de encuadramiento forzoso de trabajadores del modelo nacionalsocialista, se configuraba como un instrumento del Estado y se adscribía a la tendencia política de la Falange. La aprobación en 1958 de la Ley de Convenios Colectivos Sindicales, impuesta desde fuera en las negociaciones con el Banco Mundial, supuso la aparición de una nueva figura jurídica que, aunque inserta y enmarcada en el sindicalismo vertical, obligó a trazar una mayor separación dentro del mismo de las representaciones de los trabajadores y de los empresarios, lo que creó una dinámica negocial muy encorsetada pero que planteaba problemas y conflictos en la negociación, y también en la aplicación de las reglas colectivas que trataron de canalizarse en vías judiciales o intervenciones administrativas. Desde un primer momento me interesó el convenio colectivo, la "capacidad convencional" y el papel de las partes del convenio, así como la extensión de su eficacia. Ese análisis me permitió construir como figura jurídica la relación colectiva de trabajo, integrando dentro de sus manifestaciones la

organización colectiva de trabajadores y empresarios, la negociación colectiva y la huelga, en un marco jurídico de lege ferenda que el momento político aún no permitía.

Come nacque la Sua scelta di studiare dapprima in Germania e in seguito in Italia? La formazione tedesca era considerata utile nel percorso della carriera accademica? Quanto questa scelta era diffusa fra i suoi coetanei? Ebbe l'occasione di frequentare corsi di tedesco in Spagna e di ricevere borse di studio per soggiorni in Germania?

La elección de Alemania se debió algo "a la moda de la época", la idea de que entonces un buen jurista tenía que formarse en Alemania, y por eso yo había estudiado alemán durante varios años. En el Derecho del Trabajo eran muy influyentes el *Lehrbuch* de Hueck y Nipperdey y el *Arbeitsrecht* de Nikisch. En otros laboralistas, por la dificultad del propio idioma, hubo mayor inclinación por la doctrina italiana, pero ha habido otros colegas que han seguido ocupándose de la doctrina alemana, aunque ésta ya ha perdido mucho peso.

Quali sono stati i Suoi referenti accademici in Germania?

Al margen de otras estancias de más duración, tuve una larga en la Universidad de Kiel inmediatamente después de haber obtenido la cátedra. En la Universidad de Kiel estaba recién jubilado el Prof. Nikisch, que se encontraba algo marginado por su colaboración con el nacionalsocialismo, en realidad menor que la de otros profesores que aun estaban en la cumbre del laboralismo alemán. Nikisch había conocido y vivido la Alemania de Weimar y la biblioteca de la Universidad de Kiel era riquísima sobre el Derecho del Trabajo de aquella época. Eso me permitió dedicar toda mi atención al laboralismo de Weimar, no sólo a la figura inigualable de Hugo Sinzheimer, que me ofreció una nueva visión más comprometida del Derecho del Trabajo, sino a todos los autores de aquella época, a sus libros y a sus artículos. Bajo la dirección de Potthoff se había elaborado un proyecto de Ley de Contrato de Trabajo objeto a su vez de cuidadosos análisis doctrinales, puede descubrir con sorpresa que la novedosa Ley de Contrato de Trabajo española de

1931 era en su mayor parte una traducción de ese proyecto, de modo que los estudios y comentarios sobre el mismo me sirvieron para entender mucho mejor esa ley que, sorprendentemente, había respetado en buena parte su revisión en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. También tuve oportunidad de estudiar la doctrina alemana sobre el convenio colectivo y los fenómenos sindicales, y sobre todo entender que formaban parte de la esencia y de la función del Derecho del Trabajo, como Sinzheimer había defendido. Esa larga estancia en Alemania me supuso una revisión y renovación total de mis conceptos e ideas sobre el Derecho del Trabajo, lo que me serviría de base para mi posterior reconstrucción del Derecho del Trabajo en un sentido democrático y social.

Quando inizia la Sua frequentazione della dottrina italiana? Quali studiosi ha conosciuto e come si è procurato questi contatti?

En el verano de 1962 obtuve una beca de estancia en Roma para hacer un estudio de los servicios de colocación en el Ministerio del Trabajo italiano. Frecuenté la biblioteca de ese Ministerio donde conocí a Antonio d'Harmant Francois que me puso en contacto con dos jóvenes laboralistas Mattia Persiani y Gino Giugni, con los que de inmediato me entendí e hice amistad. A partir de entonces, he tenido el gusto y satisfacción de tener relaciones continuadas, tanto con los discípulos de uno y otro como con otros muchos colegas, de la escuela de Bari, de la escuela de Bolonia, recuerdo aun las figuras desaparecidas de Ghezzi y Mancini, y de la escuela de Nápoles y, en especial De Luca Tamajo, entre otros. Esas relaciones, con colegas de mi edad y con otros más jóvenes, han creado vínculos de amistad que han ido mucho más allá del contacto académico, Umberto Romagnoli, Tiziano Treu, Mario Nápoli, Guido Balandi, Silvana Sciarra y un largo etc. Los contactos con ocasión de seminarios o congresos, invitaciones o visitas personales, ya sea en Italia ya sea en España, han sido y son frecuentes. Me gustaría recordar también el algo olvidado Seminario de Derecho Comparado del Trabajo de Trieste, organizado por el Prof. Balzarini. En él participan profesores de diversos países, y yo tuve la satisfacción de intervenir por parte de España, así como alumnos de muchos países del Este y del Oeste de Europa, muchos de los cuales han hecho brillantes carreras

académicas. Ello me dio ocasión de conocer a la "vieja" generación de laboralistas italianos, Riva Sanseverino, Mazzoni, y otros, pero también de compartir unos días con ilustres profesores europeos, entre ellos Gerard Lyon Caen. En el trasfondo de ese seminario había una confrontación entre el modelo laboral de los países del Este, defendido vehementemente por el Prof. Ivanov y el modelo democrático de la Europa occidental, insistiendo por ello en los derechos de libertad sindical, sus derivaciones y consecuencias.

Ritiene di essere stato Lei il tramite principale per la scelta di molti giovani giuslavoristi spagnoli di trascorrere periodi di studio in Italia? La Sua amicizia con Gino Giugni ha facilitato questi scambi, rivelatisi poi densi di significato per l'elaborazione di una politica del diritto riformista?

No creo que haya sido yo el trámite principal para que muchos iuslaboralistas españoles hayan realizado estancias de estudio e investigación en universidades italianas, también otros profesores habían iniciado este acercamiento. En el Colegio Español de Bolonia hicieron su doctorado varios de los actuales catedráticos españoles de Derecho del Trabajo, uno de ellos es ahora precisamente juez constitucional. Algunos profesores también obtuvieron en su momento becas de estudio del Instituto Español de Roma por su propia iniciativa. Hoy día esos contactos se encuentran bastante institucionalizados, ya con carácter bilateral ya multilateral.

Puedo decir que en mi caso la elección italiana fue una elección de política del Derecho, en el sentido señalado de elaboración de una política del Derecho reformista. Un sector de la doctrina española se precia de no citar doctrina extranjera, y particularmente doctrina italiana, un sector generalmente conservador y hoy neo-liberal. Las construcciones jurídicas elaboradas por la doctrina italiana más prestigiada e influyente, permitía una utilización del Derecho del Trabajo como posible instrumento de cambio social y de cambio político en el caso español, puesto que una de las bases fundamentales del franquismo era la supresión de las libertades, y dentro de ellas de la libertad sindical, y un intervencionismo estatal tanto administrativo como judicial en las relaciones laborales. Cualquier reforma laboral tendente a un mayor reconocimiento de los

fenómenos colectivos y de las libertades suponía un torpedo al fondo de las bases del sistema político, que algunos laboralistas conservadores aun confiaban en que podía mantenerse y evolucionar desde dentro.

La buena amistad con Gino Giugni, y con otros colegas italianos, ha facilitado los intercambios, ha favorecido el desarrollo en España de una doctrina laboral de revisión y crítica de la doctrina hasta entonces dominante. En ello ha influido el reformismo jurídico de Giugni, y la confluencia, a través de Otto Kahn Freund de la doctrina laboral weimeriana (a la que la doctrina italiana ha dedicado especial atención, y me permito evocar la figura y la persona de Vardaro), con los sistemas anglosajones, tanto el norteamericano como el británico. Desde el primer momento compartí con Giugni la idea de la necesidad de una profunda renovación del Derecho del Trabajo, tanto en su elaboración conceptual y dogmática, con un mayor peso de los fenómenos colectivos, con un mejor encaje en la empresa y en el contrato de trabajo, como con la introducción en él de los valores constitucionales. En España esta opción tenía, cierto un claro significado rupturista con el sistema político y también con la "ortodoxia" jurídica dominante, lo que no dejó de tener costes personales, aunque no impidió acceder a las cátedras de Derecho del Trabajo a estudiosos con esta nueva visión crítica.

Soffermandosi sulla « fase di transizione dal franchismo al regime democratico », Lei segnalava nel 1979 (4) *le continuità e i cambiamenti presenti in rapporti di lavoro ancora non segnati appieno dalla entrata in vigore della Costituzione del 1978. Riguardo al ruolo giocato dalla « dottrina giuridica » in quegli anni, esprimeva un giudizio complessivamente positivo. Non del tutto negativa era comunque la Sua valutazione della giuslavoristica degli anni del franchismo: l'assenza di una razionalizzazione del sistema sindacale di regime, il rifiuto di « formulare costruzioni giuridiche dogmatiche sopra l'edificio legale del sindacalismo franchista », la configurazione del diritto del lavoro fondamentalmente come diritto del contratto individuale, aveva*

(4) *Intervista al Prof. Rodriguez Piñero sulla dottrina giuslavoristica spagnola*, in « Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali », 1979, pp. 633-643.

avuto il merito indiretto — affermava — di non imporre modelli dogmatici coartanti a quegli autori che « superarono la frontiera del diritto individuale per orientarsi verso il diritto collettivo ». Ritiene di poter confermare ancor oggi — a distanza di più di trent'anni — quell'analisi?

En líneas sustanciales puedo confirmar ese juicio global. Sin embargo, la puesta en práctica de la Constitución me ha demostrado que esas construcciones dogmáticas sobre el contrato de trabajo reflejaban la "idea social" del sistema franquista. Por ello, no se trataba solo de asegurar, dentro y fuera de la empresa, los derechos colectivos, sino de reconstruir el Derecho del contrato de trabajo teniendo en cuenta los valores constitucionales y los derechos fundamentales de la persona, y de revisar el papel de la Administración y de la justicia de trabajo en la dinámica de las relaciones laborales para dejar espacio a la autonomía colectiva. La Constitución de 1978 supuso una constitucionalización de instituciones laborales, en parte externa e instrumental al contrato de trabajo, pero ha reconocido derechos fundamentales al trabajador como tal y como ciudadano. Ello ha afectado a los derechos de ciudadanía en el marco del contrato de trabajo. Como afirmaba Kahn Freund, no basta conseguir libertades frente al Estado y los poderes públicos, es necesario tener en cuenta que la amenaza a la dignidad y a los derechos y libertades de la persona también existe frente a poderes económicos y sociales que pueden ser implacables en la violación de los derechos fundamentales. En los años ochenta fue necesario revisar críticamente elaboraciones doctrinales y jurisprudencia del pasado, para tener en cuenta el impacto de los derechos fundamentales sobre el contrato de trabajo, entendiendo que estos componentes estructurales básicos del Derecho del contrato de trabajo, una relación jurídica en la que la persona del trabajador está comprometida y se somete a un poder social con relevancia jurídica. La posición contractual del trabajador se enriquece con un conjunto de derechos e intereses que condicionan profundamente la tradicional lógica contractual. En la reconstrucción teórica del contrato los derechos fundamentales alteran su estructura negocial, concebida sin tenerlos en cuenta o colocándolos en un plano secundario. En esta reconstrucción tuvo un papel fundamental un sector de la doctrina laboral, que encontró su reflejo en una decidida jurispru-

dencia constitucional favorable a que los derechos fundamentales se inserten dentro de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual de trabajo. Ello se ha acompañado de una interpretación constitucional de las reglas laborales para optimizar la eficacia de los derechos fundamentales y de una renovación de los conceptos y de las reglas del Derecho del Trabajo y del ámbito de los poderes de dirección y control empresarial, con una progresiva aceptación por la jurisprudencia ordinaria de esa doctrina constitucional.

La transizione che portò la democrazia in Spagna fu il riflesso — come Lei ha scritto — di profondi cambiamenti nella cultura, nei sentimenti e nella mentalità delle nuove generazioni. Si può parlare, a Suo avviso, di un apporto specifico della cultura giuridica? Quali giuristi sono stati incisivi in questa direzione?

Los cambios de cultura y de mentalidad de las nuevas, y también de las viejas, generaciones, pues hubo un proceso de "conversión democrática" de muchos antiguos profranquistas, se debió a muchos factores, el alejamiento en el tiempo de la Guerra Civil, la progresiva descomposición y deslegitimación del sistema franquista, la elevación de los niveles culturales y de vida, la mayor apertura al exterior y la presencia de movimientos sociales significativos, de carácter sindical, estudiantil o ciudadanos. Esos movimientos iniciaron cambios en la cultura jurídica y fueron apoyados por ésta dándole mayor legitimidad y racionalidad. Al margen de la colaboración de personas del mundo jurídico con esos movimientos, la mayor aportación transición de la cultura jurídica en la democrática fue la presencia de juristas de orientaciones ideológicas diversas, con cultura y sensibilidad democrática, que permitió elaborar en breve tiempo una Constitución que en aquel momento alcanzó un alto grado de consenso ciudadano. Una influencia política directa tuvieron en aquel momento los juristas "orgánicos", vinculados a partidos políticos o a sindicatos, pero hubo también muchos juristas "no orgánicos", que antes de la Constitución habían defendido ideas y valores que fueron tenidos en cuenta por ésta, a veces de forma abierta y a veces de forma discreta. Prefiero no mencionar nombres pues me olvidaría de alguno, pero quiero recordar la persona y la figura del Prof. Tomás y Valiente, que fue Presidente del Tribunal

Constitucional y víctima de un atentado terrorista. Su magisterio académico, su obra científica y su testimonio personal fueron y son un referente de lo que la Constitución quiso encarnar.

*Torniamo all'Italia, al Suo sodalizio intellettuale con Gino Giugni e agli anni in cui nacque la 'politica del diritto'. L'impegno di Giugni a fianco del Ministro del lavoro Brodolini, per redigere lo 'Statuto dei lavoratori' (Legge 20 maggio 1970, n. 300), non fu solo dettato dalla volontà di un tecnico di mettere a disposizione la sua competenza, ma dalla più ampia condivisione di un progetto riformista. Quel progetto interessò un folto gruppo di giuristi italiani negli anni Settanta. Si può tracciare un parallelo con quanto avvenuto in Spagna più tardi? Quanto ha influito il 'modello' italiano nella scrittura dell'*Estatuto de los Trabajadores*? Qual è stato il Suo ruolo e quello dei giuristi della Sua scuola?*

Como ya he dicho, la Constitución forzó a una reconstrucción dogmática de la doctrina sobre el contrato de trabajo, y en esa reconstrucción tuvo una notable influencia la experiencia italiana y del Statuto dei Lavoratori de 1970 y la labor doctrinal que el mismo provocó en el proceso de redimensionamiento del impacto de los derechos fundamentales sobre el contrato de trabajo. La toma de conciencia entre los laboralistas italianos del valor que la condición de ciudadano del trabajador aporta a la estructura clásica del contrato de trabajo influiría en la experiencia española, hasta el punto de que la Constitución ordena al legislador la aprobación de un "estatuto de los trabajadores". Al cumplir ese mandato el legislador no siguió el modelo italiano sino que dictó un a modo de código o refundición de la regulación legal del contrato de trabajo, del convenio colectivo de trabajo y de la representación y participación en la empresa, dejando fuera aspectos tan importantes como el desarrollo de la libertad sindical o la regulación del derecho de huelga. Será la Ley de Libertad Sindical la que reconozca la presencia sindical en la empresa, si bien interferida por órganos de representación electiva, del tipo francés o germánico. La mayor parte del contenido del Estatuto español es ajeno al contenido propio del Statuto italiano, y la apertura de cauces para el ejercicio de los derechos fundamentales en el contra de trabajo se producirá

sobre todo desde la aplicación directa de la Constitución por obra inicialmente de la jurisprudencia constitucional, llegando a los mismos resultados que en el sistema italiano o, incluso, superándolos, también por el posterior avance en la doctrina jurídica comparada de la doctrina sobre los derechos fundamentales. Pese a la diferencia de métodos, el influjo de la doctrina italiana en esa reconstrucción dogmática fue relevante, un estudioso curioso puede observar en sentencias constitucionales españolas esa influencia, así la recepción de la igualdad sustancial como base última del Derecho del Trabajo.

Nunca he considerado haber creado una "escuela" propia, en el sentido académico de un grupo jerárquico de discípulos subordinados, sólo he tenido la satisfacción de ayudar a formarse a prestigiosos estudiosos españoles de Derecho del Trabajo, que a su vez se han convertido en maestros de otros valiosos profesores, y que han actuado con toda libertad en su enfoque de la disciplina y en la política académica. No he pretendido imponer un sentido o una doctrina, aceptando un pluralismo de posiciones y convicciones de los que se han considerado mis discípulos. Utilizando palabras de Magris, nunca he deseado someter almas a mi poder ni troquelar seguidores. Sin embargo, dentro de ese pluralismo el tono general ha sido sensible a las ideas de pluralismo y reformismo jurídico, y a la consideración del peso de la Constitución en la reconstrucción del Derecho del Trabajo, y también al rigor dogmático y a superar la tentación de un excesivo positivismo y apego al mero comentario de la norma o de la doctrina judicial, que aun caracteriza a un sector de nuestra doctrina. Me siento orgulloso de la labor que han desarrollado, y a través de ellos he podido seguir mediatamente la vida universitaria que tuve que dejar prematuramente en 1986 al incorporarme, primero al Tribunal Constitucional y, luego y hasta este momento, al Consejo de Estado. No he roto vínculos con la Universidad ni aun menos con la doctrina jurídico laboral, y he mantenido un buen ritmo de publicaciones, también por estar liberado de las hoy gravosas cargas docentes y académicas, pero no dejo de evocar mis años de docente y de añorar el contacto permanente con el estudiantado.

Lei ha scritto che Gino Giugni ha utilizzato il metodo compa-

rativo non per trapiantare formule straniere ma per comprendere meglio la realtà — giuridica, sociale, economica, culturale — dell'Italia e « per evidenziare l'esistenza di valori comuni nell'ordinamento giuridico del lavoro, la sua dimensione personalista, incentrata sulla dignità e la libertà del lavoratore e non solo sulla sua difesa economica » (5). *Qual è stata l'importanza del metodo comparativo nella sua esperienza di studioso? Ritiene che "i valori comuni" si siano accresciuti e che la comparazione sia servita come guida nel tracciare le linee di una politica del diritto innovativa?*

Prefiero no hablar de método comparado, que tiene sus técnicas propias, sino de una apertura al conocimiento de otros sistemas laborales. En un primer momento me permitió rellenar el déficit de construcción dogmática existente en España y conocer mejor mi propio ordenamiento. La información sobre la situación normativa y doctrinal de los países más próximos sigue siendo una práctica permanente, por ejemplo, respecto a Italia leo sistemáticamente la revista de Giugni y la de Persiani y Lavoro e Diritto. Difícilmente se pueden entender hoy las reformas que vienen impuestas en el ordenamiento español sin tener en cuenta las reformas que paralelamente se introducen en Francia, Italia, o la misma Alemania.

En el caso del Derecho del Trabajo ha de tenerse en cuenta, además, la creciente importancia de la dimensión europea, un proceso europeización del Derecho del Trabajo con muchas luces y con muchas sombras. Las directivas comunitarias influyen mediata e inmediatamente en nuestro ordenamiento, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Junto a ello, en el momento actual la llamada "troika" de la Unión Europea está sometiendo a una revisión crítica y desvergonzada a la normativa, sobre todo en los países del Sur de Europa. Por ello, la búsqueda de unos valores comunes, algunos de ellos incluidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, debe servirnos para contrarrestar el proceso de revisión a la baja del Derecho del Trabajo y para buscar un mejor equilibrio entre el excesivo peso de los economistas, más sensibles a los intereses inmediatos de las

(5) *Gino Giugni giurista globale*, in « Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali », n. 114, 2007, 2, pp. 407-420.

empresas, y los juristas, que nos vemos desplazados de los foros de decisión de las reformas laborales.

I seminari di diritto del lavoro comparato di Pontignano sono iniziati un po' per caso nei primi anni Ottanta, con il sostegno dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, che scelse di finanziare il soggiorno di giovani studiosi presso l'Università di Siena, nella certosa di Pontignano. Quel luogo un po' remoto, immerso nella campagna senese, ha rappresentato per Lei una meta gradevole, dove ha potuto condividere per molti anni con altri giuslavoristi europei un'esperienza di insegnamento non convenzionale. Cosa ricorda di quegli anni? Ha potuto in seguito osservare gli effetti di quell'esperienza educativa sulle giovani generazioni di studiosi spagnoli che Lei stesso contribuì a selezionare e indirizzare verso quei seminari?

Pontignano fue desde la perspectiva humana un espacio de encuentro amigable de estudiosos de Derecho del Trabajo en el que se supo combinar un trabajo y un debate duro, vivo y prolongado sobre temas siempre actuales y una convivencia que permitió crear lazos y vínculos de amistad que aún permanecen. Convivir a lo largo de los días con Wedderburn, y sus jóvenes discípulos, hoy grandes maestros del Derecho del Trabajo británico, con Antoine Lyon Caen y su grupo, con Daubler, y con diversos colegas italianos, con la presencia permanente de Balandi y Sciarra, junto con jóvenes estudiosos de Alemania, Gran Bretaña, Francia, España e Italia, fue una experiencia inolvidable y un momento de creación colectiva y de aprendizaje mutuo. He tenido la satisfacción de comprobar que muchos de los jóvenes estudiosos que frecuentaron Pontignano son hoy ilustres profesores de Derecho del Trabajo en sus países, y, desde luego, así ha sido en el caso de los españoles, en los que sin duda alguna han influido de forma decisiva el "método Pontignano", pero también las relaciones personales "interestatales" que en esas semanas se crearon.

La Sua nomina a giudice del Tribunal Constitucional, di cui è stato anche Presidente, segnano un'altra tappa nel percorso di un

giurista impegnato e versatile. Nel 1986, anno della Sua nomina, Lei pubblica con M. Fernanda Fernández López un libro intitolato 'Igualdad y discriminacion' (6)*, in cui si segnano i contorni di un organico diritto antidiscriminatorio, ispirato alle fonti internazionali e europee. Cosa rappresenta per Lei questo terreno di ricerca e quanto ha influenzato la Sua esperienza di giudice costituzionale?*

El prestigio del Derecho español del Trabajo y su contribución a la reelaboración constitucional de la disciplina puede explicar el sucesivo nombramiento de laboralistas para la composición del Tribunal Constitucional; tras de mí, María Emilia Casas ha sido juez y luego presidenta, y en la actualidad integran ese Tribunal los profesores Valdés y Pérez de los Cobos. La experiencia de juez constitucional, sobre todo para un estudioso del Derecho, puede considerarse como un reciclaje, al tener que acercarse a sectores y zonas del Derecho antes no experimentadas y acostumbrarse a debatir con juristas procedentes de diversos orígenes y disciplinas el contenido de las sentencias. Para el Derecho del Trabajo, la década de los ochenta fue la época de elaboración de la jurisprudencia constitucional laboral, que luego ha sido completada y en buena parte reiterada. Uno de los cambios más trascendentales en esa jurisprudencia fue el nuevo enfoque "combativo" de la igualdad de género y del principio de no discriminación. El Tribunal Constitucional había mantenido inicialmente una noción "neutra" de discriminación como mera manifestación del principio de igualdad y razonabilidad de las desigualdades. Un paso fundamental fue admitir que el principio de igualdad y la interdicción de discriminación no coincidían llanamente y que en la no discriminación se incluían concepto no sólo de igualdad formal sino de igualdad sustancial en cuanto reacción frente a situaciones de exclusión o victimización, ello permitió, aun sin cambios normativos, descargar la carga de la prueba de la mujer víctima de discriminación, de imponer la paridad

(6) La prestigiosa collana dell'editore Tecnos, in cui il libro appare, si intitola '*Temas Clave de la Constitucion Española*'. Nel *Prologo* Rodríguez-Piñero dà conto del suo percorso di avvicinamento ai temi dell'uguaglianza e della discriminazione, con uno studio dell'art. 14 della Costituzione, pubblicato in un numero monografico delle « Revista de política social », seguito da un commentario dettagliato dell'art. 17.1 dell'ET.

de trato, de admitir el concepto de discriminación indirecta o de aceptar la constitucionalidad de medidas de acción positiva. Las ideas no eran plenamente originales, estaban influidas por la práctica antidiscriminatoria norteamericana y también por la normativa internacional y comunitaria. La monografía que elaboré con la profesora Fernández López intentó dar cuerpo a esta nueva visión, que encontró eco favorable en la jurisprudencia constitucional y ordinaria y luego en una importante legislación antidiscriminatoria.

En esos años, el Tribunal Constitucional trató no sólo de delimitar y proteger el contenido de la libertad sindical y el derecho de huelga, sino también proteger en el ámbito de la empresa otros derechos fundamentales del trabajado, ya sea como un productor ya sea como persona, creando posiciones subjetivas del trabajador vinculadas al respeto a su dignidad y que, como afirmaba Giugni, crean verdaderos deberes de actuar o soportar a cargo del empresario, valores como la libertad ideológica o religiosa, la intimidad, la libertad de expresión, el derecho a la vida y a la integridad física, se han abierto paso en la jurisprudencia constitucional y han llevado a un reajuste del conjunto de derechos y deberes de trabajador y empresario, modalizando los poderes empresariales en la imposición de garantías y en la reducción de excesos en el ámbito de discrecionalidad.

Nell'editoriale di « Relaciones laborales » del 2003 che Lei firma assieme a María Emilia Casas Baamonde, si riporta una pagina di Alonso Olea sul rapporto tra "teoria" e "pratica" e sul ruolo della scienza giuridica: « la distancia que separa los grandes principios normativos de la aridez de un Boletín Oficial del Estado o de la estrechez de la decisión concreta es absolutamente insalvable, es un salto en el vacío, si no se opone un puente doctrinal; este puente doctrinal lo pone el jurista y esta es su misión » (7). *L'editoriale sottolineava che nel rifiuto di falsi pragmatismi e di astratte elucubrazioni (di feticismo giuridico), nella tensione per un'elaborazione teorica capace di comprendere le molteplici dimensione della realtà sociale*

(7) *El Maestro Manuel Alonso Olea. In memoriam*, in « Relaciones laborales » del 2003.

sta la "missione" del giuslavorista. Pensa che "i ponti" posti dalla tradizione disciplinare siano stati efficaci ed abbiano ancora una forte tenuta?

La cita entrecomillada del Prof. Alonso Olea expresa la vocación del jurista de hacer Derecho de los textos normativos y de extraer de las reglas jurídicas principios y conceptos sin oponer el material positivo a la dogmática jurídica. Esta sigue siendo la función del jurista que, sin embargo, no puede dejar de lado las realidades socioeconómicas que el Derecho del Trabajo formaliza jurídicamente. Esa tarea se hace cada vez más difícil por la inestabilidad creciente del Derecho del Trabajo y por el pluralismo de las fuentes que da lugar a un material normativo y jurisprudencial disperso, fragmentado, desordenado y complejo, que el jurista ha de reordenar y sistematizar como un sistema orgánico. Un problema adicional en la "misión" del iuslaboralista en la época presente es la pérdida de peso y relevancia tanto en el diseño de la política del Derecho como en su puesta en práctica. Se viene hablando de una colonización del Derecho del Trabajo por la economía o, más exactamente, por los teóricos de la economía, más sensibles a los "intereses de la producción" y, por ello, a los del empresariado, que a los intereses de los trabajadores. Ciertamente, en esa defensa de los intereses económicos se utiliza estratégicamente la promesa, no demostrada en la práctica, de la creación de empleo, que lleva a sacrificar intereses y derechos de los trabajadores ocupados en aras de que en el futuro pueda haber "más y mejores empleos". Ese pensamiento económico influye en las influyentes organizaciones económicas internacionales, en las autoridades de la Unión Europea y en las políticas nacionales de Derecho del Trabajo, pero también está influyendo paulatinamente en la cultura judicial y en un sector del iuslaboralismo. En estos últimos veinte años, al menos en el caso español, se ha visto reducido el peso y la "autoritas" de la doctrina laboral.

Lei è considerato una figura centrale nella politica accademica spagnola, sia per il vasto numero di allievi e di studiosi che ha affiancato negli studi e ha incoraggiato nel completamento della carriera, sia per aver contribuito a formare giuristi divenuti attivi in

politica, anche in posizioni di grande prestigio, come è avvenuto per il suo allievo Felipe González. Considera questa una Sua vocazione e anche una parte essenziale del Suo impegno come giurista riformista?

Mi empeño como jurista reformista no se ha limitado al campo estrictamente académico o a las publicaciones científicas. La reconstrucción "democrática" del Derecho del Trabajo y del contrato de trabajo requería una labor colectiva que no podía limitarse a una sola cátedra universitaria. Hubo sintonía con otras cátedras españolas. Además, era necesaria una interlocución con los agentes sociales y con los sindicatos, y también con las organizaciones, fomentando espacios de diálogo y concertación social en los que tuve alguna participación en los primeros años ochenta. Por otro lado, el advenimiento de la democracia hizo que algunos de los colaboradores de la cátedra sevillana se inclinaran por la carrera política, con bastante éxito. La figura más destacada de entre ellos es la de Felipe González, y no sé si influí en su aceptación de posturas socialdemócratas, superando el marxismo originario del partido socialista. Pero también otros que han ocupado puestos relevantes, dos Ministros de trabajo y, hasta hoy, los sucesivos presidentes de la Junta de Andalucía fueron en algún momento colaboradores de la cátedra sevillana. Sin embargo, no me tentó la política y creía que mi contribución a la consolidación del sistema democrático español y, en particular, a un sistema democrático de relaciones laborales, podía hacerlo mejor desde el ámbito académico, lo que no me impidió presidir algunas instituciones como tercero independiente, como el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales o la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

L'avanzare della teoria dei diritti fondamentali può restituire al diritto del lavoro « parte del tradizionale ruolo di avanguardia del diritto privato », può trasformarlo senza snaturarlo (« il diritto del lavoro si trasforma ma non si snatura »), offrendogli « una nuova dimensione [...] nuovi fondamenti per riacquistare il suo autentico ruolo di garanzia dell'autodeterminazione e autorealizzazione del lavoratore come cittadino ». È quanto Lei affermava a metà degli anni Novanta considerando « i diritti di cittadinanza nella cornice del

contratto di lavoro » (8). *Qual è il momento in cui il diritto del lavoro "si snatura"? Quali sono i tratti irrinunciabili dell'identità giuslavoristica?*

El Derecho del Trabajo se desnaturaliza cuando las organizaciones y los poderes económicos acusan al Derecho del Trabajo de impedir el progreso y el bienestar de los pueblos, y se olvida que el Derecho del Trabajo supuso una revuelta contra la tiranía y la opresión de los poderes económicos desde una consideración del ser humano como una mercancía, sin reconocer su dignidad y su libertad. La contrarrevolución neoliberal ha tratado de revisar la herencia social del Derecho del Trabajo y ha provocado reformas paleoconservadoras del Derecho del Trabajo en defensa de una vuelta a los orígenes de la libertad contractual von eliminación de límites a los poderes del empresario desde una primacía del papel del mercado. No deja de ser sintomático que en las directrices y órdenes que las autoridades económicas de la Unión Europea están imponiendo a los Estados del Sur de Europa un punto central sea la liberalización de los despidos, un fenómeno que se acompaña con una creciente precarización del trabajo. El incremento del trabajo precario, y la liberalización de los despidos, que precariza materialmente al trabajador, suponen acentuar intensamente el grado de sujeción y dependencia económica del trabajador, una situación que pone en peligro el respeto y el ejercicio de los derechos fundamentales, y ha reducido la afiliación sindical, con pérdida de solidaridad. Estudios recientes sobre el trabajo precario y los derechos humanos indican que la precariedad lleva al aislamiento, a la reducción de derechos a la mayor sujeción al poder empresarial en cuanto a la determinación de tareas o al respeto del tiempo de trabajo y a una reducción sensible de los salarios. Las nuevas políticas laborales y de empleo, apoyadas sobre el mercado, han acentuado el aspecto económico de la relación de trabajo sobre los aspectos personalistas. La función del Derecho del Trabajo, nos enseñaba Sinzheimer, era evitar que el trabajador fuera cosificado, considerado una mercancía

(8) Così nella lezione tenuta il 23 settembre 1994 a Ferrara in occasione del conferimento della laurea « honoris causa »: *Costituzione, diritti fondamentali e contratto di lavoro*, in « Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali », n. 65, 1995, 1, pp. 29-42.

y sometido a las fuerzas incontrolables del mercado, y esa función permanece. Ello no significa que el Derecho del Trabajo se oponga a la lógica del mercado, pero sí que, aun siendo "amigable" con el mercado, se creen contrapesos para lograr que ese mercado sea "amigable" con los intereses y derechos de los trabajadores. De no ser así, el Derecho del Trabajo se convertirá en un instrumento al servicio de los intereses económicos egoístas que se mueven en el mercado, y aceptaría como legitimidad y finalidad facilitar o asegurar la obtención del lucro y beneficio de las empresas, lo que acabaría perjudicando a las propias empresas. No deja de ser llamativo que la severa crítica actual a los Derechos del Trabajo de los países del Sur de Europa, no esté cuestionando sistemas laborales de los países del Centro y Norte de Europa que mantienen altos niveles de protección jurídica y social del trabajo.

Nella Sua relazione al X Congresso europeo di diritto del lavoro e della sicurezza sociale del 2011 ([9])*, Lei mette a fuoco in maniera critica la « nuova vocazione » del Diritto del lavoro a porsi come « strumento di regolazione del mercato » (a « trasformarsi in una sorta di diritto dell'occupazione », a « ridursi a semplice costola del diritto economico ») ed afferma l'esigenza di difendere i « valori profondi » che hanno segnato l'identità della disciplina pur accettando la sfida di una « razionalizzazione giuridica dell'economia » e di una « razionalizzazione economica del diritto ». Di fronte all'aggravarsi della crisi economica e al diffondersi di interventi legislativi volti a scardinare le tradizionali gerarchie tra le fonti, ritiene sia possibile realizzare effettivamente tale "cordiale intesa"?*

La profunda crisis económica del momento presente ha tenido efectos mucho más intensos y dramáticos en el Derecho del trabajo que en otras ramas del ordenamiento jurídico, como ya había

---

([9]) Congresso organizzato dalla *International Association of Labour Law and Social Security* a Siviglia, 21-23 settembre 2011. Una sintesi della relazione (*El derecho del trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales*) è stata pubblicata come Editorial (*La difícil conyuntura del Derecho del Trabajo*) in « Relaciones Laborales » 20/2011, p. 1 e ss. Si cfr. anche in « Lavoro e diritto », XXVI, n. 1 (inverno 2012), p. 3 e ss., con il titolo *La grave crisi del diritto del lavoro*.

ocurrido en la crisis económica de los años treinta. Es un rasgo consustancial del Derecho del Trabajo su "coyunturalidad", el estar mucho más afectado que otras ramas del Derecho por los cambios políticos, incluidos los cambios parlamentarios, y sobre todo la evolución de la economía. La novedad en esta crisis ha sido, al menos en el Eurogrupo, que los Estados han perdido instrumentos económicos financieros que le habían servido en otros momentos para enfrentarse con la crisis, pero formalmente mantiene poderes amplios en el ámbito social y laboral. Pese a la crisis, los Estados no han podido favorecer la competitividad de sus economías, reduciendo la protección del medioambiente o la protección de los consumidores, pues el Derecho de la Unión Europea se lo hubiera impedido, pero sí se han visto libres para revisar los instrumentos de protección social. Además, han recibido indicaciones y directrices para hacerlo así. Ello ha hecho de la política del Derecho del Trabajo un instrumento relevante de política económica, que se trata de legitimar desde un primer momento en la mejora de los niveles de empleo y reducir los desequilibrios en el mercado de trabajo, achacables al excesivo rigor de las reglas laborales. Las medidas adoptadas a tal respecto no han rendido frutos ni en la elevación de los niveles de empleo ni en la reducción de los niveles de precariedad, lo que pone en cuestión que el Derecho del Trabajo pueda ser el instrumento principal en la política de empleo y que deba cambiar su vocación para devenir hacia un Derecho de la ocupación. Sí ha de reconocerse que ha de ser más sensible a sus efectos en el mercado de trabajo y atender a la situación de los no ocupados mediante el reconocimiento de nuevos derechos que se traduzcan en políticas activas de empleo efectivas. La acentuación de la crisis ha llevado a buscar una nueva legitimidad de las reformas del Derecho del Trabajo destinada a favorecer la competitividad de las empresas en el mercado abierto mediante normas laborales más "atractivas" para las empresas y un marco más favorable para las actividades productivas, reduciendo costes y cargas sociales y límites en el ejercicio de los poderes de dirección. En este momento, la legitimación de las reformas se refiere a la mejora de la economía y se introduce en las motivaciones de los textos legales el seguimiento de las exigencias u orientaciones de las autoridades de la Unión Europea.

Todo ello hace difícil que la pretendida racionalización económica del Derecho se acompañe efectivamente de una racionalización jurídica en la economía. Ello se refleja en España en la sistemática marginación de los iuslaboralistas en las comisiones que el Gobierno crea para diseñar reformas en la Seguridad Social o en la política de empleo, integradas mayoritariamente o únicamente por expertos procedentes del mundo económico vinculados a empresas o círculos empresariales. Sin embargo, no se debe ser pesimista, los gobiernos actuales pueden cambiar de signo, también a nivel de la Unión Europea, que hoy es excesivamente insensible hacia los problemas sociales que está generando su política. El consenso social de la postguerra que se refleja en nuestras Constituciones sigue siendo necesario para legitimar el sistema político y el sistema económico. Están surgiendo movimientos sociales de protesta que no es fácil contrarrestar refiriéndose a la mayoría parlamentaria obtenida de las elecciones. Tras la crisis, el Derecho del Trabajo habrá dejado algunos despojos en el camino, pero ello también puede fortalecerlo y "modernizarlo" en el buen sentido del término, lo que es claro es que el Derecho del Trabajo debe seguir el sendero de solidaridad proclamado en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, servir de contrapeso a las políticas ultraliberales y conservar la sustancia del Estado social a través de la regulación del trabajo, evitando la cosificación del trabajador y su consideración como mera mercancía, una tarea que corresponde defender a las jóvenes generaciones de iuslaboralistas, tanto en Italia como en España.

PAOLO GROSSI

IL 'GIURISTA' OVIDIO CAPITANI (*)

1. Ovidio Capitani. Perché un giurista? — 2. Capitani, un innovatore solitario. — 3. La scelta capitaniana per il diritto e le sue prime motivazioni: il rifiuto di una storia meramente 'accadimentale'. — 4. La scelta per il diritto quale salvataggio contro il rischio di un esasperato soggettivismo. — 5. La scelta per il diritto: una esigenza, innanzi tutto, epistemologica. — 6. La scelta per il diritto: strumento essenziale per la comprensione di una civiltà squisitamente comunitaria. — 7. La scelta per il diritto canonico e le sue motivazioni epistemologiche.

1. *Ovidio Capitani. Perché un giurista?*

La intitolazione di questo mio intervento non avrà mancato di sorprendere la più gran parte dei lettori del programma del nostro Convegno; e sento, io per primo, il dovere di chiarirne il significato.

È una intitolazione che fa il paio con quella da me adottata — alcuni anni fa — quando fui chiamato dalla Accademia della Crusca a partecipare a un ricordo collettivo di Giovanni Nencioni. Pur essendo egli un insigne linguista, io volli intitolare il mio contributo « Il 'giurista' Giovanni Nencioni » e sotto questa intestazione può leggersi negli atti congressuali (1). In quel caso l'epiteto 'giurista' era sorretto anche da giustificazioni formali: Nencioni, infatti, prima di percorrere un lungo e fruttuoso itinerario negli studii linguistici, si era laureato in Giurisprudenza sotto la guida di Piero Calamandrei, ne era diventato assistente ed aveva pubblicato pagine di severa tecnica giuridica; senza contare che da quel pugnello di sapienza giuridica egli avrebbe tratto gran

(*) Si pubblica il testo dell'intervento tenuto in seno al Convegno di studio dedicato alla memoria di Ovidio Capitani, organizzato dal 'Centro Europeo di Ricerche Medievali' di Trieste nei giorni 26/27 novembre 2012.

(1) Cfr. *Per Giovanni Nencioni* — Atti del Convegno Internazionale di Studi — Pisa/Firenze, 4-5 maggio 2009, in « Studi di Grammatica Italiana », vol. XXVII (2009).

profitto per contribuire al rinnovamento metodologico nel campo della linguistica (2).

Probabilmente, la qualificazione di 'giurista' si sarebbe potuta ben attagliare anche a Giorgio Cencetti, paleografo e diplomatista validissimo ma munito di una laurea in Giurisprudenza; il che spiega la sua predilezione per temi giuridici e la sua familiarità verso un approccio giuridico alla realtà socio-economica.

Circostanze, tutte, che sono completamente estranee al cammino intellettuale di Ovidio Capitani. Egli frequenta la Facoltà di Lettere e Filosofia nell'Università di Roma, si laurea in Storia Medievale con Raffaello Morghen, e l'unico corso giuridico frequentato è, per sua ammissione, solo quello di Giorgio Del Vecchio, docente di Filosofia del diritto (3). Sempre per sua ammissione, si deve registrare che qualche stimolo verso la dimensione giuridica gli venne da un geniale diplomatista, Franco Bartoloni (4).

Perché, allora, quell'attributo — 'giurista' — che io mi sentirei di confermare senza una perplessità? Semplicemente perché Ovidio, come ho altra volta precisato (5), non ha soltanto avuto una costante attenzione verso il diritto coglièndolo e valorizzàndolo sempre al centro della civiltà del primo come del secondo medioevo, ma si è munito degli strumenti tecnici dell'analisi giuridica nella certezza di avere in mano un sicuro scandaglio degli strati più riposti della società medievale; nelle sue pagine il possesso pieno dell'ideario e del vocabolario dei giuristi risalta in assoluta evidenza. Un siffatto personaggio non è, forse, il giurista Capitani?

2. *Capitani, un innovatore solitario.*

In questa sua pervicace convinzione l'allievo romano di Morghen

---

(2) Con il libretto, tenue di pagine ma forte nei suoi contenuti propositivi: *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, Firenze, La Nuova Italia, 1946 (rist. Pisa, Scuola Normale Superiore, 1989), dove il capitolo X ("L'istituzionalità della lingua") è costruito sulla nozione di 'istituzione' messa a punto nella riflessione giuridica novecentesca.

(3) O. CAPITANI, *Intervento* nell'Incontro di Studio (Firenze, 6-7 novembre 1992) su: *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno-Strumenti, destinatari, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 269.

(4) CAPITANI, *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, cit., p. 270.

(5) P. GROSSI, *Ovidio Capitani e la dimensione giuridica*, in *Giornata di Studio per un Maestro: Ovidio Capitani*, Bologna, 29 marzo 2004, Bologna, Università degli Studi, 2005.

dimostrava la sostanziale estraneità dalla scuola accademica morgheniana abbastanza sorda alla dimensione giuridica. Ma dimostrava anche un isolamento culturale rispetto a tutta la storiografia medievistica italiana, fatto salvo il messaggio — anch'esso abbastanza appartato — di Giovanni Tabacco.

La sintonia con lui è piena e trovava indubbiamente un momento di condivisione culturale proprio nella intensa considerazione del diritto da parte dello storico torinese. In un suo efficacissimo ricordo commemorativo Ovidio non manca di sottolineare (e apprezzare) che, a fronte del generale sentimento di « fastidio per gli schemi giuridici », Tabacco, distaccàndosi dai luoghi comuni, non aveva mancato di ammonire che « in questa predilezione per il dinamismo politico e sociale si corre il rischio di rinunziare a veder chiaro nel groviglio delle tradizioni giuridiche, delle strutture mentali e culturali che in esse si esprimevano e attraverso cui le trasformazioni di quella società si effettuavano » (6). Del resto, era proprio la valorizzazione della dimensione giuridica che avrebbe consentito ad ambedue di non incorrere nella scarsa cautela dei tanti medievisti maneggianti con parecchia inconsapevolezza la nozione e il vocabolo di 'Stato' e di cogliere con chiarezza le linee di un pluralistico paesaggio politico-giuridico dominato dalla « dissoluzione dello Stato » (7).

Rientrato a Bologna nel 1967 dopo i lunghi anni salentini, doveva convalidarlo nelle sue scelte di fondo, più che la coabitazione con gli storici del diritto della Facoltà di Giurisprudenza, il clima portato avanti nella stessa Facoltà di Lettere dai paleografi della scuola di Cencetti, la quale, nel solco del Maestro ormai trasferìtosi su una cattedra romana, continuava nella personalità di Gianfranco Orlandelli, uno studioso cui Ovidio fu legatissimo e che si segnalava per studii egregii sulla prassi notarile, sull'opera dei glossatori, con scavi che scendevano all'interno delle strutture degli stessi istituti giuridici (8).

La verità è che il nostro Capitani, in grazia della assoluta originalità del suo messaggio culturale, era uno studioso né intruppato né

---

(6) O. Capitani, *Giovanni Tabacco*, ora in O. Capitani-G. Sergi, *Ricordo di due maestri. Giovanni Tabacco e Cinzio Violante nella medievistica europea*, Spoleto, CISAM, 2004, p. 22.

(7) Titolo di un giustamente celebrato saggio di Tabacco, cui Ovidio non manca di tributare un elogio incondizionato (cfr. Capitani, *Giovanni Tabacco*, cit., p. 20/21 e passim).

(8) Si veda la amplissima commemorazione da lui tenuta presso la Deputazione di storia patria per le provincie di Romagna, leggibile oggi quale scritto autonomo e con questa intitolazione: *Gianfranco Orlandelli: un grande studioso, un uomo schivo*, in G. Orlandelli, *Scritti*, a cura di R. Ferrara e G. Feo, Bologna, 1994, p. 111 ss.

intruppabile, completamente al di fuori delle consolidate scuole accademiche, ammantato in una solitudine della quale non si compiaceva ma che sicuramente neppure gli dispiaceva. Un aspetto — e non secondario — di questa originalità e della consequenziale solitudine è rappresentato dalla sua scelta per il diritto; che è l'oggetto di questo intervento e sulla quale conviene attardarci per comprenderne in modo puntuale il significato.

3. *La scelta capitaniana per il diritto e le sue prime motivazioni: il rifiuto di una storia meramente 'accadimentale'.*

È una scelta che, a mio avviso, trova la sua fondazione ultima ma determinante nel rifiuto di una storia meramente *accadimentale* o, come dicevano gli 'annalistes', *événementielle*; rifiuto netto della riduzione di ogni attività storiografica a una iper-diligente individuazione e inventariazione delle fonti, a un neutralismo descrittivo che rende sostanzialmente muto lo storico. La tensione metodologica di Ovidio è per il recupero dell'ineliminabile complessità del lavoro storiografico che, se non può non cominciare da un necessario accumulo di materiali, trova il suo fulcro nella costruzione da erigere con e su quelli. Insomma, lo storico non deve contentarsi di registrare gli accadimenti ma penetrare con il proprio sguardo oltre, dietro di essi.

In questa prima identificazione del mestiere di storico Capitani e gli 'annalistes' appaiono concordare perfettamente, ma è solo una concordia provvisoria perché imboccheranno subito due sentieri di ricerca profondamente diversificati. Infatti, non sarà certamente Ovidio a seguirli in quel loro gusto dell'episodico, in quella loro attenzione alla dimensione micro-economica, alla micro-storia, al pollaio nel cortile del castello, come esemplificai paradossalmente io in un Incontro fiorentino del 1984 con Jacques Le Goff suscitando un suo indulgente sorriso. Non che il nostro onorato fosse sordo alla dimensione economica: lo smentirebbero i suoi studii su quegli economisti *ante litteram* che furono spesso i teologi medievali (9) e le antesignane antologie del 1974 e del 1987 da lui progettate e realizzate su *L'etica economica medievale* (10) e su *Una economia politica nel medioevo* (11) (quest'ultima fu per me la fortunata circostanza per un primo incontro personale con

(9) Basterebbe ricordare l'interesse di studio per Remigio de' Girolami.
(10) Bologna, il Mulino, 1974.
(11) Bologna, Patron, 1987.

lui (12)); era, invece, la dimensione macro-economica a interessarlo e, soprattutto, l'intreccio fra vita economica, morale e religione (vedi il suo interesse primario per il problema dell'usura), mentre lo lasciava del tutto indifferente un 'quotidiano' sepolto nella quotidianità, come il pollaio della mia amichevole punzecchiatura polemica con Le Goff.

Né li seguirà Ovidio sul punto che è al centro di questo mio intervento, e cioè sulla necessità (o meno) del diritto per la ricostruzione di una civiltà. A parte la voce solitaria del grandissimo Marc Bloch, che aveva fatto largo uso di strumentazioni giuridiche per arrivare alla comprensione (pienamente conseguita) della società feudale, la totale indifferenza per la dimensione giuridica (se non, addirittura, uno sprezzante rifiuto) domina la scuola parigina, come ben dimostra uno dei più acclamati definitori della sua piattaforma metodologica, Fernand Braudel.

Probabilmente, era la reazione a un esasperato riduzionismo che, in una Francia sempre giacobina anche durante il corso del Novecento, continuava ad immiserire la giuridicità in aridi testi cartacei di Codici e di leggi, ma certamente il risultato veniva a consistere in una rimozione del diritto, della scienza giuridica, delle categorie giuridiche dallo scrittoio dello storico.

4. *La scelta per il diritto quale salvataggio contro il rischio di un esasperato soggettivismo.*

Che è, esattamente, l'atteggiamento culturale opposto a quello di Capitani. Proprio perché la sua storia non è accadimentale e proprio perché fra gli accadimenti non stanno soltanto le rumorose vicende della vistosa ufficialità vituperate da Braudel ma anche le minuzzaglie di micro-eventi cari alla maggior parte degli *annalistes*, nel dialogo storiografico fra presente e passato così come Capitani lo vive, al di sopra dei dati non può che prendere risalto la personalità dell'indagatore con il suo fardello di problemi culturali e con il suo ineliminabile strumentario di approcci interpretativi. Nell'ideale bilanciamento fra oggetto e soggetto, fra dato da comprendere e studioso che ne tenta la comprensione, viene a pesare in misura determinante il rilievo di quest'ultimo.

Con un rischio grave, che quel formidabile ragionatore e problematizzatore di Ovidio ebbe lucidamente presente: la caduta in un esasperato soggettivismo.

---

(12) Perché Ovidio volle inserire nella sua antologia un mio scrittarello su alcune testimonianze francescane da lui generosamente apprezzato: *Usus facti - La nozione di proprietà nell'inaugurazione dell'età nuova* (1972).

È chiaro che sia per lui inabdicabile la caratterizzazione dello storico come interprete e della sua azione intellettuale come interpretazione, ma è altrettanto chiaro che tutta questa attività interpretativa debba essere funzionale a ordinare i dati e non a far loro violenza o, comunque, alterarli nel loro oggettivo messaggio. La condanna di Capitani per una certa medievistica italiana dominata (e anche compromessa) dalla scelta per una assoluta a-teoreticità (13) è senza appello, perché la necessità prima di chi si propone come ordinatore è munirsi di adeguate intelaiature teoriche, le uniche che possono dare un senso alla miriade dei dati e percepire — più in alto — il senso stesso della storia.

Quando, a Firenze, si ritenne, nel 2002, di dover ristampare un libro dello storico del diritto Pietro Costa vòlto a studiare la semantica del potere politico nella pubblicistica medievale — libro esauritissimo e che, edito originariamente nel 1969, aveva ampiamente ricorso a un corredo di sussidii teoretici — Ovidio fu lieto di accogliere l'invito a redigere una prefazione riconoscèndosi appieno nell'impostazione costiana; e nella sua pagina prefatoria scrisse convintamente: « senza un'adeguata concettualizzazione non può esservi ordinamento dei dati e, quindi, senz'altro, interpretazione » (14). La frase ha il significato di una autentica degnità metodologica, ed è il frutto di una persuasione precisa.

Resta, però, il rischio del soggettivismo e anche il rischio dell'ingabbiamento della complessità ed elasticità del divenire storico in un armamentario filosofico che può rivelarsi o troppo astratto o troppo costrittivo. Ed è proprio qui che si innesta la scelta capitaniana per il diritto, giacché sulla pelle di Ovidio ha sempre bruciato quella accusa spesso ripetuta contro di lui: il probabile perdersi dello storico in vagheggiamenti filosofici e l'abbandonare, in tal modo, la carnalità propria alla storia. A mitridatizzare la bruciante accusa sovvenivano egregiamente le categorie offerte dal più che bimillenario distendersi del pensiero giuridico. Sì, egregiamente, perché si trattava senza dubbio di architetture teoriche spesso assai svettanti nelle loro schematizzazioni logiche, ma avevano il pregio di non essere scritte sulle nuvole, di nascere dal basso della società, da quella prassi di vita associata che erano chiamate a concretamente ordinare.

---

(13) *Crisi epistemologica e crisi di identità: appunti sulla ateoreticità di una medievalistica*, ora in *Medioevo passato prossimo - Appunti storiografici tra due guerre e molte crisi*, Bologna, il Mulino, 1979.

(14) O. CAPITANI, *Prefazione* a P. COSTA, *Iurisdictio - Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. XIII.

Emblematico è il suo impegno costante, pressante, a scrutare dentro l'ossatura delle istituzioni per rinvenirvi quella che lui chiama la 'coscienza del sistema' (15), ricerca nella quale si può giovare delle intelaiature segnate e disegnate dai giuristi civilisti e canonisti (16), che gli fa evitare falsanti particolarizzazioni permettèndogli di percepire meglio il senso del processo storico e che gli fa superare e vanificare le nebbie di una generica e insoddisfacente storia sociale (17).

L'approccio capitaniano, intessuto sempre di un alto grado di teoreticità, era dunque ben distante da un filosofeggiare a vuoto. Il suo ricorso al ben provvisto corredo teorico dei giuristi assumeva il significato di una non forzosa armonizzazione tra l'esigenza epistemologica di interpretare e ordinare l'ammasso dei dati e il rispetto per il loro messaggio vitale e carnale.

5. *La scelta per il diritto: una esigenza, innanzi tutto, epistemologica.*

Vorrei riprendere l'accenno fatto poco sopra, quando si parlava del rifiuto degli 'annalistes' per il diritto: nella Francia posrivoluzionaria (e anche nel Novecento) il rigido statalismo aveva ridotto il diritto a un insieme di comandi generali e astratti, cioè di leggi proiettate dall'alto del potere supremo sulla società e troppo spesso disarticolate dalla realtà effettiva sociale ed economica. Motivazioni, queste, che fanno capire (anche se non giustificare) la diffidenza di storici viventi in Francia e vocati a immergersi nelle trame più minute della vita quotidiana.

Da questo punto di vista, Capitani assommò in sé due pròvvide circostanze affrancatrici: era italiano e viveva la propria maturità intellettuale in quel secondo dopoguerra quando, in Italia, la nostra scienza giuridica cominciava a distanziarsi dallo statalismo e dal legalismo moderni e prendeva ad assaporare le novità dissacranti del clima giuridico pos-moderno; soprattutto, era integralmente un medievista

---

(15) Esemplare: *Storia ecclesiastica come storia della 'coscienza del sistema'*, in *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo*, a cura di G. Rossetti, Bologna, il Mulino, 1977.

(16) Anche in questa ricerca seguìto da Giovanni Tabacco. Si védano i testi tabacchiani che lo stesso Capitani cita nel suo ricordo del Maestro torinese (CAPITANI, *Giovanni Tabacco*, cit., soprattutto pp. 24/25.

(17) Si veda il franco e aperto riconoscimento tributàtogli da uno storico, che pur non è in relazione simpatetica con il Nostro: C. VIOLANTE, *Storia e diritto nella storiografia istituzionale*, in *Storia sociale e dimensione giuridica - Strumenti dì indagine e ipotesi di lavoro* — Atti dell'Incontro di studio-Firenze, 26/27 aprile 1985, Milano, Giuffrè, 1986, p. 111.

(aggiungerei: come lo era stato, nella sostanza, Bloch). E qui conviene che ci si diffonda per esplicitare meglio quest'ultima affermazione che potrebbe sembrare a qualcuno parecchio sibillina.

Il ribadire l'orizzonte interamente medievistico del nostro onorato non è superfluo e, pertanto, inutile (come può — a prima vista — sembrare). Infatti, nella civiltà medievale la relazione diritto/società ci si mostra totalmente diversa da come si fissa durante la modernità; al contrario di quanto abbiamo detto avvenire in questa, in quella il diritto non sovrasta la storia ma si combina e si fonde con essa, e si può correttamente affermare che la storia medievale si esprima compiutamente *nel* e *col* diritto.

Se il 'moderno' vuole realizzare e realizza un vincolo ferreo fra Stato e diritto, fra questo e il supremo potere politico tanto da proporre una perfetta identificazione fra legge e diritto tingendo questo di una coloritura assolutamente autoritaria, il medioevo, che non conosce un potere politico compiuto, cioè omnipotente e totalizzante, permette che il diritto non smentisca la sua naturale nascita dal basso della società e da questa si lasci continuamente impressionare. Mancando qui il grande burattinaio (chiamiàmolo pure 'Stato') che pretende di avere e conservare in mano tutti i fili del 'politico' e del 'sociale', qui il rigido monismo giuridico moderno diventa un ampio e apertissimo pluralismo giuridico, dove la legge, ossia la volontà del principe, conta poco, dove si afferma una pluralità di fonti e dove un ruolo assolutamente fondamentale ha la consuetudine (e questo, sia nel primo fattualissimo medioevo, sia nel secondo quando grandi maestri universitarii e giudici attrezzatissimi, con l'ausilio dei sussidii tecnici offerti dai diritti romano e canonico ammantano la ricca germinazione di usi con una robusta intelaiatura teoretica) (18).

Ma la consuetudine è tra le fonti del diritto quella che striscia per terra in completa adesione ad essa (come insegnavo ai miei studenti fiorentini, proponendo il paragone marcatamente naturalistico con il serpente). Un esempio illuminante è offerto dai contratti agrarii altomedievali, forme organizzative aliene da modelli romani (19), espressioni di esigenze agronomiche ed economiche locali, che l'uso faceva spar-

(18) È questa la tesi di fondo di una mia ricostruzione dell'esperienza giuridica medievale di qualche anno fa: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

(19) Anche lo stesso contratto enfiteutico, che potrebbe sembrare in perfetta continuità con la struttura contrattuale dallo stesso nome già in uso nel basso impero, muta sostanziosamente la sua natura giuridica per adeguarsi ai nuovi bisogni dell'economia alto-medievale.

samente emergere e a cui dava un rude ma efficace rivestimento giuridico l'incolto ma sensatissimo notaio.

È chiaro, però, che il diritto, pur nascendo da una realtà elastica come gli usi, non risiede e non si esaurisce mai nell'episodico, perché rappresenta l'emersione alla superficie di esigenze profondamente radicate; la regola giuridica medievale, anche se elasticissima, è una intelaiatura proiettata nei tempi lunghi, che le variazioni effimere dei giorni e dei mesi non sono capaci di mutare ma solo il largo divenire del tempo storico. Voglio dire che quella intelaiatura è da cogliersi come una fondazione — e sicuramente la più robusta — di tutta la civiltà medievale; sicuramente, anche la più espressiva, cioè idonea a fornire con fedeltà allo storico la cifra, il carattere, la tipicità di quella.

Sono — queste — considerazioni elementari, che riescono — credo — a spiegare perché fosse naturale allo storico medievalista, pur privo di una specifica preparazione professionale, l'affidamento alla scienza giuridica per affinare i proprii occhi. Il ricorso al diritto è, infatti, per Ovidio un'esigenza che lui avverte squisitamente epistemologica. Il suo messaggio è, in fondo, semplicissimo: il medievista, se vuole operare una autentica storicizzazione, non ne può fare a meno; la storia medievale si esprime appieno nel diritto.

6. *La scelta per il diritto: strumento essenziale per la comprensione di una civiltà squisitamente comunitaria.*

È, a questo punto, necessaria una puntualizzazione integrativa a quanto finora si è detto: la civiltà medievale è civiltà intrinsecamente giuridica anche perché è civiltà squisitamente comunitaria.

Se mi è consentito, mi viene da sorridere quando — ma, soprattutto in passato e, soprattutto, da parte di agiografi di stampo cattolico — si è preteso di proporre inammissibili anticipazioni medievali per nozioni tutte moderne (come, per esempio, quella — tutta moderna ed individualistica — di diritto soggettivo). La civiltà medievale è, invece, un intricatissimo reticolato di rapporti, all'interno del quale si situa ogni soggetto e all'interno del quale ogni posizione individualisticamente isolata è difficilmente concepibile e realizzabile.

Il suo perno portante è, infatti, nel tessuto connettivo delle tante comunità che ìntegrano, proteggono e anche condizionano il singolo (a cominciare dalla comunità ecclesiale, all'infuori della quale *nulla salus est*). La socialità, che è l'imprescindibile carattere del diritto, fa di questo la presenza ineliminabile in ogni *societas* costituèndone pure un formidabile cemento legante; e ci fa capire meglio perché una civiltà *societaria* come quella medievale non possa non essere una civiltà che si esprime *in primis* nella dimensione giuridica.

Il medievista Capitani questo lo ha percepito lucidamente. Il suo rivestire anche i panni del giurista — frutto non di scelte esteriori, bensì del suo rigore epistemologico — lo sospinge a diffidare (nelle sue analisi valutazioni interpretazioni) di eccessive atomizzazioni che portano a valorizzare singoli individui o singoli eventi separàndoli e isolàndoli dal contesto relazionale entro il quale sono naturalmente inseriti.

Scrive Ovidio, in un suo grosso saggio culturalmente provocatorio, una frase che è un compendio di epistemologia applicata: « i protagonisti erano stati i papi, gli imperatori, i potenti locali, ma visti nel loro agire alquanto al di fuori del contesto reale dei condizionamenti che istituzioni e giurisdizioni intrecciantisi e complicantisi tra di loro e strutture economiche particolari ponevano a tutti » (20). Vi si intravvede la polemica implicita contro il semplicemente episodico o il semplicemente prosopografico, contro il mancato recupero di quei contesti relazionali che consentono una più solida comprensione del singolo episodio o del singolo personaggio, quei contesti socio/economico/politici dove il diritto svolge la sua funzione ordinativa e dove lo storico che mette a profitto le sue conoscenze giuridiche può garantirsi uno sguardo più penetrante.

7. *La scelta per il diritto canonico e le sue motivazioni epistemologiche.*

Ho detto all'inizio che il Nostro è allievo diretto di Morghen; ed è vero. Ho anche detto che non è inseribile nella scuola morgheniana, rispetto alla quale si propone sostanzialmente diverso (per esempio, per la sua valorizzazione della dimensione giuridica); ed è altrettanto vero. Un atteggiamento assorbe, tuttavia, dal suo maestro accademico: ed è la grande attenzione verso il fenomeno religioso. Però, anche su questo punto la posizione di Ovidio è improntata a una sostanziosa diversità.

Mentre per Morghen quella attenzione si concretizzava in una storia della spiritualità medievale, seguìto in ciò da notevoli personalità che, pur non essendo suoi allievi diretti, ne sono profondamente influenzate (i primi nomi che mi vengono a mente sono Raoul Manselli e Arsenio Frugoni), a Capitani interessa la Chiesa Romana come istituzione, come la peculiarissima *societas sacra* che si è originata nella plaga mediterranea e che assegna al diritto una delle sue caratterizzazioni più tipizzanti; tanto peculiare da essere la sola confessione reli-

(20) *Esiste un'"età gregoriana"? Considerazioni sulle tendenze d'una storiografia medievistica*, ora in *Tradizione ed interpretazione: dialettiche ecclesiologiche del sec. XI*, Roma, Jouvence, 1990, p. 14.

giosa a creare un diritto suo proprio, il diritto canonico, che, ancora nel 1917, promulgando il primo *Codex Iuris Canonici*, Benedetto XV puntualizza quale « ius ferendarum legum proprium ac nativum » (21). Nell'epoca medievale, nella più completa diffidenza per il singolo fedele, è forte l'insegnamento che la comunità religiosa salva anche per il suo essere *societas iuridice perfecta*, ordinamento giuridico e istituzione non derivante da alcun umano potere bensì direttamente dal Cristo divino legislatore.

È questa proiezione storica del cattolicesimo, è questo suo intridersi di storia e farsi storia come complesso organizzato di uomini e cose gerarchicamente ordinati, che attrae il nostro onorato, pur nella sua singolare posizione di credente ma non praticante. Ed è per questo che egli studia a fondo le fonti canoniche e la tecnica giuridica di quegli straordinarii architetti che furono — almeno nel medioevo — i canonisti; è da qui che nasce il suo interesse per le 'Collezioni' pre-grazianee e la fraterna amicizia per Horst Fuhrmann, uno dei più agguerriti indagatori delle 'Decretali Pseudoisidoriane'.

Quando, nel 2004, io fui chiamato (insieme all'amico Sergi) a partecipare a una giornata bolognese in onore di Ovidio, volli già allora parlare della singolare familiarità di lui con il diritto e già allora sottolineai la singolarità del suo approccio al diritto canonico: per il tramite di questo, liberàndosi di un greve fardello di incomprensioni prevenzioni irrisioni, egli era convinto di giungere a individuare le ragioni dell'istituzione.

L'esempio, che feci, era clamoroso, perché tratto dal suo studio su di un evento processuale che vedeva di fronte alcuni eretici dolciniani e l'inquisitore pontificio. Ovidio non ha perplessità nel fare sue le parole di costui sulle avventate scelte dei novatori: « in hoc manifeste appareant singulares et a communi conversazione fidelium dissidentes » (22). I movimenti ereticali, insomma, sono còlti come *singularitates*, rischiose frammentazioni del corpo istituzionale ecclesiale, lacerazioni — si potrebbe dire riprendendo il linguaggio alato di Bonifacio nella 'Unam Sanctam' — della tunica inconsutile in cui deve concretarsi la società sacra.

Segnalata la singolarità del 'giurista' Capitani e del suo particolare osservatorio, è appena il caso di aggiungere quanto lui rigetti le aridità che sono spesso il vizio di parecchi canonisti (e, soprattutto, di quelli

---

(21) Nella costituzione apostolica *Providentissima Mater Ecclesia* del 15 settembre 1917, consultabile in ogni edizione del primo *Codex iuris canonici*.

(22) *Inquietudini ereticali e inquietudini storiografiche. A proposito di 'Hereticalia'*, ora in *Medievistica e medievisti nel secondo Novecento-Ricordi, rassegne, interpretazioni*, Spoleto, CISAM, 2003, p. 41.

curiali); personaggi che, all'insegna della più crassa incultura, si baloccano nella esegesi di un testo cartaceo autoritario senza preoccuparsi delle sue radicazioni in un contesto storico. Il Nostro, nel saggio sopra ricordato *Esiste una età gregoriana?*, fissa, al contrario, il proprio programma all'insegna di una acuita sensibilità culturale. Ecco le sue parole intensamente progettuali: « avvio ad una più ariosa valutazione dell'uso dei testi canonistici [...] cogliendo il testo canonistico come elemento di cultura nella tradizione, proprio attraverso il dialogo che esso stabilisce con il suo mondo. E allora ne cogliamo la storicità » (23).

Il giurista Capitani, il canonista Capitani, non deflette dall'assumere il diritto, e il diritto canonico in ispecie, come strumenti per una più adeguata comprensione storiografica della civiltà medievale. Non castelli di carte, ma strumenti adeguati alla comprensione di un grande tipicissimo momento storico.

(23) *Esiste un'età gregoriana?*, cit., p. 32.

Abstracts

Marco Fioravanti, *The Dark Side of Modernity. Rights of Man, Slavery and Emancipation between History and Historiography.*

This article seeks to contribute to the study of slavery, the rights of man and the colonial system, by analysing, on the one hand, the Italian and international historiography and, on the other hand, the cases of the French and Haitian Revolutions. The essay also focuses on the legislation, the rights of slaves and free blacks, the administration of justice and the forms of resistance against slavery in the French Antilles during the Restoration period. This period was a phase of French history that witnessed a booming slave trade, although it had been formally abolished following the Congress of Vienna. The merit of recent works on the subject is that they have reported the study of the institution of slavery in the furrow of the broader racial and social problems, including the coordinates of the Black Atlantic, which has been the focus of a new scientific age. This article therefore aims to contribute to a new vision and interpretation of slavery as part of the Western legal system and intends to reflect on the connection and complementarity between states, empires and colonies in order to demonstrate how colonialism and racism are constitutive elements of modernity, that is, they represent its dark side.

David Garland, *What does it Mean to Write a « History of the Present »? Foucault, Genealogy and the History of Criminology.*

In this article Michel Foucault's method of writing a 'history of the present' is explained, together with its critical objectives and its difference from conventional historiography. Foucault's shift from a style of historical research and analysis conceived as 'archeology' to one understood as 'genealogy' is also discussed, showing how the history of the present deploys genealogical inquiry and the uncovering of hidden conflicts and contexts as a means of re-valuing the value of contemporary phenomena. The article highlights the critical observations of present-day phenomena from which a history of the present begins. It also points to some of the limits of Foucault's genealogical account of positive criminology and its impact on legal institutions. In the course of the article, the author uses examples from Foucault's writings, and from his own work, to illuminate the discussion.

EMILIO SANTORO, *Poverty in the Era of Globalization: a Genealogy of the Art of Ignoring the Poor.*

The paper intends to analyse the common basis of policies aimed at contrasting poverty, in order to explain why the policies of the last decades have increased, not decreased, the gap between the richest and the poorest part of European societies. The bottom thesis is that, with liberalism, the 'art of ignoring the poor' has paradoxically come to rest on the idea that poverty is an essential stimulus to economic growth and well-being. This has undermined the economic foundation of the demand to combat poverty: the market itself is supposed to reduce poverty to its necessary and physiologic dimension. According to this belief the state should take responsibility for the poor on purely political grounds: states have tried to better the poor's life conditions because they have realised that this would increase their power. Contrasting poverty has been part of the development of many techniques (firstly hygienist, lastly welfarist) of governing the population, all aimed at increasing states' power. It is within this framework that poverty has again become an economic problem with Fordism, when the barycentre of development has shifted from production to demand and consumption.

This situation has changed radically in what is usually called the Age of Globalisation. The political reasons for contrasting poverty have disappeared. The link between the state and a part of mankind known as its 'people' has dissolved: today the 'people' is no longer seen as a given resource whose care is the basis of state power. The market has again become the only measure of the appropriateness of policies. Even though we are ashamed to admit it, the poor are again considered a fundamental resource for development. In this context wealthy majorities, many of whose members see their well-being as threatened by the poor's demands, have developed an excluding democracy. Democracy has inverted its historical role as the mainstay of the process of social inclusion. It has become instead a means to prevent the social inclusion of new marginal people, firstly migrants, or to exclude some that were formerly included: drug addicts, the mentally ill and the 'undeserving poor' of Victorian memory, who are today back in fashion.

ROBERTO BARTOLI, *Reflections on Charity as a Legal Paradigm.*

The article considers the relationship between law and charity. Firstly it analyses the "paradigm of law" and underlines its violent (and therefore intrinsically unfair) nature, stressing the diversities with the "paradigm of charity". Following this analysis, the possibility for a

relationship in terms of subsidiarity between the two paradigms is proposed, maintaining that within the formalised procedure that characterises law, dialogical spaces could be created so that the protagonists of the conflict can confront one another — "look each other right in the eye" — on the model of what occurred in the "Truth and Reconciliation Commissions" in South Africa.

ERNESTO DE CRISTOFARO, *The Mirror of Behemoth. Cinema, Politics, Law in the Shadow of Nazism.*

In the years that preceded the rise of Nazism, the German cinema captured and formulated widespread moods of the population which reflected their ideas and sentiments. A profound reflection on power, violence and the risks of moral passiveness permeated important films of the 1920s and 30s. At the same time, an epic-celebrative current made its way to the fore and entrusted the language of screen images with the mission of extolling the destiny of the homeland and evoking its redemption and glory. The centrality of cinema in the fabric of social communication explains how, once the Nazi regime became established, it grew into one of the strategic nodes whose control was immediately seized upon by the new political-bureaucratic hierarchy. Nazism indeed launched a ruthless multidirectional attack on this front: reforming legislation concerning the sector, excluding those subjects that did not belong to the *Volksgemeinschaft* from cinema-making activities; implementing restrictive censorship; buying up the principal production companies. Finally, several hand-picked directors were entrusted with the task of stressing, with their work, the ideals of military power and racial purity that lay at the foundations of the new state layout. With the fall of the regime, other images projected in the courtroom would recount some of the most dramatic effects of the racial ideology, and several of those who had been its advocates would remain prisoners, symbolically and at times also materially, of the footage they had shot to celebrate it.

MASSIMO LA TORRE, *Who's Afraid of the Constitutional Court Judge? Decisionism and Legal Positivism.*

Constitutional justice and, more generally, the judicial control of legislative production have always been the object of debate in legal culture, which can be traced back to the principle of the division of powers and the ideal of popular sovereignty. The tragic history of the XX century has made us less certain of the virtues of an albeit

democratically elected legislator. The crisis of the Weimar Republic, which was an exemplary moment of that tragic history — insofar as it was a legal system cramped between an excessively strong and irresponsible executive and a law-making body divested of judicially operative fundamental rights — offers more than one cause for reflection on the consistence of the relationship between judge and legislator in a democratic institutional context. Nonetheless, the problem remains just as the Platonistic inclination of constitutional courts at times becomes radical, even if it attenuates and challenges the democratic credentials. This article thus intends to discuss the possible justification of constitutional justice, firstly against the backdrop of the debate between Hans Kelsen and Carl Schmitt on the "guardian of the constitution". The focus of attention, however, centres on quite a more recent debate and on a critique with a more specifically legal-philosophical character. We refer to the work of British scholar Jeremy Waldron who poses a series of criticisms to the "judicial review" which are accounted for in the article. Finally, we intend to reply to these criticisms and demonstrate their non decisive conclusiveness.

FRANCESCO PALAZZO, *Truth as Method of Law-making: Facts and Values in Formulating the Penal Precept*.

We start out with the distinction between truth as the content of the penal precepts and truth as the method of law-making. As it is impossible for the expert in criminal law to trade off the truth of precepts with their validity, there is no lack in history of recurring aspirations toward a more or less scientifically proven truth of the precept's functional premises (free will and neurosciences) or its factual premises. A possibly more intense claim at truth as method of law-making refers to the substantially democratic instance according to which "legal goods", which are also affirmations of value, must reflect (truth as correspondence) social consent. The final part of the paper raises questions as to the existence of an "obligation of truth" for the penal law-maker, and as to whether and to what extent its violation is censurable by the Constitutional Court.

FEDERIGO BAMBI, *The Clarity of the Language of Law.*

The essay intends to debunk a cliché: that the language of law is always stilted, redundant, archaic, obscure, a veritable anti-language, as Italo Calvino defined it. This is not the case, however. Browsing through the pages written by great jurists, from Scialoja to Calamandrei

and Satta, not only do we discover a choice of words, a syntax, and a pleasantness of reading that have nothing to envy the masters of literature, but we also find the idea that clarity is a fundamental requisite of the legal proposition. The language of law is not necessarily convoluted and verbose! Those who work with the words of law should bear this principle well in mind, ridding their writing of heaviness and centuries-old concretions.

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Cadiz 1812: Anthropology and Historiography of the Individual as a Constitutional Subject.*

The bicentennial celebration of the Spanish Constitution of 1812 has given rise in recent years to an increasing amount of research on the origins of Spanish and Latin American constitutionalism. This massive corpus of research has explored nearly every subject, even of remote interest for constitutional studies. Nevertheless, existing research has systematically neglected the underlying anthropology that inspires and guides that Constitution. This essay analyses the conception and implementation of the entitlement for fundamental rights in 1812, an entitlement simultaneously individual and collective, which was granted to persons simply by virtue of their being members of the *nation-corporation*. In constitutional terms, Spain was by then a Catholic republic of *patres familias*, that is a nation-corporation rather than a nation-state. Religion apart, the subject entitled to fundamental rights was primarily qualified by property and gender. This requires the study of the legal avenues through which, for constitutional purposes, women were completely excluded and hired workers were practically left out. Finally, the essay tackles the anthropological reasons why mainstream historiography fails to confront such a basic question for the 1812 constitutional fabric as a whole. Therefore, this is not only a piece of constitutional analysis, but also a survey of the relevant historiography.

MARIA SOLE TESTUZZA, *Marriage and Legal Codes. The Ambiguous Statute of Corporeity*.

At the basis of the long Western tradition of marriage lies the relationship of bodies and the necessity for their union for the preservation of humankind. The theological-legal reflection that dominates the ancien régime experience transforms the couple's sexual conduct — for procreative ends and in defence of the soul, against the dangers of concupiscence — in the reciprocal *traditio-acceptatio* of the

so-called *ius in corpus*: a personal right (of the parties) that presented elements of reality. In the age of codification, this old "carnal debt" of one spouse towards the other survives in Prussian legislation (ALR) and in Austrian legislation (ABGB), but it is no longer explicitly mentioned in the Code Napoléon, the symbol and model of the new legal civilisation. This paper proposes to shed light on how the idea of an ordered access to corporeity, regulated by the contract of marriage, nonetheless continues to rest at the centre of attention for the law-maker focused on public law which tends to become increasingly more accentuated. The body can no longer be the object of an ambiguous private-law right of "ownership", but instead its complex physiological constitution is subjected to a judicious public control as an essential tool to realise the matrimonial function. A precise empirical, mechanistic, utilitarian and, in the end, materialistic vision of human nature, however, advises the French legislator to entrust, in the interest of society, the most intimate part of conjugal life to the private sphere.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO, *State Structure, Territorial Administration and Ideology in Times of Crisis, the Case of the Provincial Deputations in Spain (1812-1931).*

In the forefront of the territorial structure of the State introduced with the Constitution of 1812, the Provincial Deputations were the symbol of two of the fundamental principles of gaditano constitutionalism, the union of which was to serve to overcome economic backwardness avoiding discriminations, however, among the people. These were, on one hand, a centralist vision that imposed entrusting the control of government activity to the Legislative Body and, on the other hand, an individualistic-free-trade principle. The acceptance of the legal science principles (ideario) and the schism of liberalism introduced two antagonistic concepts, resulting in their exploitation as key elements of electoral and fiscal corruption, until they fell into general disrepute towards the end of the century. From that moment onward, the emergence of the "social issue", the great development of the "regionalist issue", the novelties introduced into Administrative Law — in particular, the concept of "public service" — municipalism and social criticism, as well as the pressure and opposition of the Municipalities (Ayuntamentos), formed an alliance to ensure their removal from the Constitution of 1931, along with that of the model of Integral and Social State of which they were the premise.

PAOLO GROSSI, *Enrico Finzi: a Lone Innovator.*

As stressed in the title, this essay intends to offer the reader the reconstruction of the intellectual adventure of an expert in civil law who was definitely an innovator and, for this reason, a lone figure in the panorama of Italian legal science in the XX century. The Finzi that comes to light is a figure intolerant of clichés, dogmas and generally accepted mythologies, an enemy of legalistic formalism, one in constant search of new methodological approaches capable of rejecting the reductivist vision proper to modernity, and to return to law all of its historical complexity.

GIACOMO PACE GRAVINA, *Rise and Fall of Direct Ownership. A Reading of Emphyteusis in the Italian Codification*.

The essay intends to point out the dynamics that led the Italian legislator to include emphyteusis in the Civil Code of 1942. The history of this institution in the contemporary age must be traced back to the *Civil Laws* of the Kingdom of the Two Sicilies of 1819, in function of the interests of the new governing bodies towards the possession of state, ex-feudal, and church lands. The formation of the Code of 1865 witnessed the reappearance of emphyteusis, following a temporary eclipse, under the impulse of analogous intentions. At the end of the XIX century, progressive legislation instead finally favoured farmers, permitting them gradual access to landed property precisely through emphyteusis. The approach of the Pandects, which instead of continuing to place the institution among the contracts included it among the real rights on another's property, later led to strengthening the position of the landlord, a configuration that prevailed in the preparation of the Code of 1942: here, the intention of utilising emphyteusis for colonial exploitation also entered the picture. The post-World War II agrarian movements finally gave rise to profound modifications in the discipline in favour of the licensees.

« Un Puente doctrinal ». *Legal Science and Evolution of Labour Law, Interview with* MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO (by Giovanni Cazzetta and Silvana Sciarra).

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer is among the greatest European scholars of labour law. The interview jointly focuses on his intellectual history (as an academic, cultural organiser, and jurist with very important institutional roles) and the paths of Spanish Labour Law

from the moment of its disciplinary consolidation within the national laws of the XX century up to today's transformations in the Age of Globalisation.

PAOLO GROSSI, *'Jurist' Ovidio Capitani.*

The essay underlines the intuition that has constantly supported Ovidio Capitani's work in historiography, and that is that Medieval civilisation found its salvation in law, and fully manifested itself in the construction of its own legal architectures. Hence ensued the attention towards law and its technical constructions, which is the typifying feature of Capitani's approach to the Middle Ages.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO NELL'ANNO ACCADEMICO 2011-2012

Sono stati graditi ospiti del *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* per un soggiorno di studio: la dott.ssa Gabriela Ramenzoni dell'Universidade de São Paulo; il dr. Oscar Hernandez Santiago dell'Universidad Autonoma Metropolitana di Città del Messico; la dott.ssa Paola Verdolotti dell'Università di Cassino; il dott. Neng Dong dell'East China University of Political Science and Law di Shanghai; la prof.ssa Maria Rosa Pugliese dell'Universidad de Buenos Aires; la prof.ssa Carmen Servan dell'Universidad de Sevilla.

È stato pubblicato il volume 41 dei 'Quaderni fiorentini' con saggi, fra gli altri, di Grossi, Fioravanti, Duso, Hespanha, Ferreira da Cunha, Clavero, Agüero, Varela Suanzes-Carpegna, Garnier, Barenot, Hakim, Landi, Mazzarella, Nisio, Macario, Slongo.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati il volume 93, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di Daniele Negri e Michele Pifferi; il volume 94, di Rodolfo Savelli, *Censori e giuristi. Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)*; il volume 95, *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica,* a cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto; il volume 96, di Carlo Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*.

Per 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, tra i seminari svolti si segnalano: — Presentazione del volume di

Geminello PRETEROSSI, *La politica negata*, con la partecipazione di Maurizio FIORAVANTI, Giovanni MARI, Francescomaria TEDESCO; — Giacinto DELLA CANANEA, *La disciplina del procedimento amministrativo e la* lex alius loci, con *Discussant* Leonardo FERRARA; — Incontro *In memory of Bill Wedderburn*, a cura di Silvana SCIARRA.

Si è tenuto in data 18 e 19 ottobre 2012, nell'Aula Magna dell'Università degli Studi di Firenze l'Incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei « Quaderni fiorentini »: STORIA E DIRITTO: ESPERIENZE A CONFRONTO. Nella sessione del 18 ottobre, presieduta da Bernardo SORDI, e dedicata al tema STORIOGRAFIE GIURIDICHE NAZIONALI: LO STATO DELL'ARTE, sono intervenuti per "*Il quadro europeo*" Claudia STORTI, Jean-Louis MESTRE, Marta LORENTE SARIÑENA, Michele LUMINATI, Heikki PIHLAJAMÄKI e Dag MICHALSEN. Nella sessione pomeridiana, presieduta da Pietro COSTA, gli interventi di Arno DAL RI JR., Víctor TAU ANZOÁTEGUI, Rafael ESTRADA MICHEL e Lihong ZHANG hanno affrontato il tema "*Oltre l'Europa*". La sessione della mattina di venerdì 19 ottobre, svoltasi con la presidenza di Massimo BRUTTI, è stata dedicata al tema STORIA DEL DIRITTO E SCIENZA GIURIDICA, con interventi di Aurelio CERNIGLIARO, Carlos PETIT, Pio CARONI, Jean-Louis HALPÉRIN, Michael STOLLEIS, Michel TROPER, Joachim RÜCKERT, Ricardo Marcelo FONSECA. La sessione pomeridiana, con la presidenza di Giorgio GAJA, ha affrontato il tema OLTRE LE STORIE NAZIONALI: SPAZI E CONFINI NELLA STORIA GIURIDICA, con interventi di Italo BIROCCHI, Bartolomé CLAVERO, António Manuel HESPANHA. Le *Conclusioni* del Convegno sono state affidate a Paolo GROSSI.

Indice

Giovanni Cazzetta, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

Marco Fioravanti, *Il lato oscuro del Moderno. Diritti dell'uomo, schiavitù ed emancipazione tra storia e storiografia* 9

David Garland, *What does it mean to write a « History of the Present »? Foucault, Genealogy and the History of Criminology* 43

Emilio Santoro, *La povertà nell'era della globalizzazione. Una genealogia dell'arte di ignorare i poveri* 59

Roberto Bartoli, *Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico* 101

Ernesto De Cristofaro, *Lo specchio di Behemoth. Cinema, politica, diritto all'ombra del nazismo* 123

LA DIMENSIONE GIURIDICA

Massimo La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico* 153

Francesco Palazzo, *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale* 179

Federigo Bambi, *La chiarezza della lingua del diritto* 191

Bartolomé Clavero, *Cádiz 1812: Antropología e Historiografía del Individuo como Sujeto de Constitución* 201

Maria Sole Testuzza, *Matrimonio e codici. L'ambiguo statuto della corporeità* . 281

Clara Álvarez Alonso, *Estructura estatal, administración territorial e ideología en tiempos de crisis. El caso de las diputaciones provinciales en España (1812-1931)* 323

FIGURE DELL'ESPERIENZA

Paolo Grossi, *Enrico Finzi: un innovatore solitario* 377

Giacomo Pace Gravina, *Ascesa e caduta del dominio diretto. Una lettura dell'enfiteusi nella codificazione italiana* 435

LETTURE

Giacomo Marramao, *Contro il potere. Filosofia e scrittura* (P. Costa) 473

Luigi Nuzzo, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo* (L. Tedoldi) 479

Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti* (M. Fioravanti) 493

Filippo Ruschi, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt* (T. Gazzolo) 500

María Julia Solla Sastre, *La discreta práctica de la disciplina. La costrucción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870* (A. Meniconi). 502

Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland,* Vierter Band, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990* (B. Sordi). 507

Francescomaria Tedesco, *Eccedenza sovrana* (P. Costa) 515

Francisco Tomás y Valiente, *Génesis de la Constitución de 1812* (J. Vallejo) . 519

FASCISMO E DIRITTO (a cura di Irene Stolzi)

Silvia Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista* (V. Galimi). 527

Chiara Giorgi, *L'Africa come carriera. Funzioni e funzionari del colonialismo italiano* (M. Spanò) 532

PROFILI DI GIURISTI (a cura di M. Gregorio)

Il "giureconsulto della politica". Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, a cura di Giacomo Pace Gravina (M. Gregorio) 539

Marco Pastorelli, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini* (A. Sandulli) . 545

DISCUSSIONI

Guido Alpa, *Le stagioni del contratto*

Interventi di:

Enzo Cheli 555
Giovanni B. Ferri 558
Paolo Grossi. 563
Giovanni Furgiuele 568
Guido Alpa. 573

Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción téorica a la historia del derecho*

Interventi di:

Massimo Meccarelli, *Questioni di metodo per la storia del diritto in un recente libro d'oltreoceano* 577
Francesco Migliorino, *Highway and Byways* 582
Alberto Spinosa, *Per chi suona la « llamada »*. 589
Ricardo Marcelo Fonseca, *Resposta às intervenções* 596

Sergio Seminara, *Il delitto tentato*

Interventi di:

Giovanni Chiodi, *Il tentativo e la penalistica europea dal XIX al XXI secolo: una riflessione storica per il giurista contemporaneo* 601

Giovannangelo De Francesco, *Sul tentativo: tra storia, dogmatica e politica criminale* 637

Sergio Seminara 653

A PROPOSITO DI...

Francesco Migliorino, *L'istituzione sociale della « mancanza »*. 661

Luigi Nuzzo, *La storia del diritto internazionale e le sfide del presente*. 681

Stefano Solimano, *Imperialismo giuridico francese in difficoltà?* 701

Irene Stolzi, *Fascismo, storia e storiografia* 719

TESTIMONIANZE

« Un puente doctrinal ». *Scienza giuridica ed evoluzione del diritto del lavoro, Intervista* a Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer di Giovanni Cazzetta e Silvana Sciarra 739

Paolo Grossi, *Il 'giurista' Ovidio Capitani*. 767

ABSTRACTS 779

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2011-2012 791

Contents

Giovanni Cazzetta, *Introductory Remarks* 1

Marco Fioravanti, *The Dark Side of Modernity. Rights of Man, Slavery and Emancipation between History and Historiography* 9

David Garland, *What Does It Mean to Write a "History of the Present"? Foucault, Genealogy and the History of Criminology* 43

Emilio Santoro, *Poverty in the Era of Globalization: a Genealogy of the Art of Ignoring the Poor* 59

Roberto Bartoli, *Reflections on Charity as a Legal Paradigm* 101

Ernesto De Cristofaro, *The Mirror of Behemoth. Cinema, Politics, Law in the Shadow of Nazism* 123

Massimo La Torre, *Who's Afraid of the Constitutional Court Judge? Decisionism and Legal Positivism* 153

Francesco Palazzo, *Truth as Method of Law-making: Facts and Values in Formulating the Penal Precept* 179

Federigo Bambi, *The Clarity of the Language of Law* 191

Bartolomé Clavero, *Cadiz 1812: Anthropology and Historiography of the Individual as a Constitutional Subject* 201

Maria Sole Testuzza, *Marriage and Legal Codes. The Ambiguous Statute of Corporeity* 281

Clara Álvarez Alonso, *State Structure, Territorial Administration and Ideology in Times of Crisis, the Case of the Provincial Deputations in Spain* 323

Paolo Grossi, *Enrico Finzi: a Lone Innovator* 377

Giacomo Pace Gravina, *Rise and Fall of Direct Ownership. A Reading of Emphyteusis in the Italian Codification* 435

REVIEWS

Giacomo Marramao, *Contro il potere. Filosofia e scrittura* (P. Costa) 473

Luigi Nuzzo, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo* (L. Tedoldi) 479

Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti* (M. Fioravanti) 493

Filippo Ruschi, *Questioni di spazio. La terra, il mare, il diritto secondo Carl Schmitt* (T. Gazzolo) 500

María Julia Solla Sastre, *La discreta práctica de la disciplina. La costrucción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870* (A. Meniconi) 502

MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland.* Vierter Band*, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990* (B. Sordi) 507

FRANCESCOMARIA TEDESCO, *Eccedenza sovrana* (P. Costa) 515

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812* (J. Vallejo) . 519

SILVIA FALCONIERI, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista* (V. Galimi) 527

CHIARA GIORGI, *L'Africa come carriera. Funzioni e funzionari del colonialismo italiano* (M. Spanò) 532

Il "giureconsulto della politica". Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, a cura di Giacomo Pace Gravina (M. Gregorio) 539

MARCO PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini* (A. Sandulli) . 545

DISCUSSIONS

GUIDO ALPA, *Le stagioni del contratto*

Contributions by:

ENZO CHELI 555

GIOVANNI B. FERRI 558

PAOLO GROSSI 563

GIOVANNI FURGIUELE 568

GUIDO ALPA 573

RICARDO MARCELO FONSECA, *Introducción téorica a la historia del derecho*

Contributions by:

MASSIMO MECCARELLI, *Methodological Questions for Legal History in a Recent Latin American Book.* 577

FRANCESCO MIGLIORINO, *Highway and Byways* 582

ALBERTO SPINOSA, *For Whom the « llamada » tolls* 589

RICARDO MARCELO FONSECA, *Response to my Reviewers.* 596

SERGIO SEMINARA, *Il delitto tentato*

Contributions by:

GIOVANNI CHIODI, *Attempt and European Criminal Jurisprudence from XIX to XXI Century: a Historical Reflexion for Contemporary Jurists* 601

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *On attempt: History, Doctrine and Criminal Policy* 637

SERGIO SEMINARA 653

READINGS

FRANCESCO MIGLIORINO, *The Social Institution of « Deficiency »* (on Antonio M. Hespanha*, Imbecillitas. As bem-adventuranças da inferiodidade nas sociedades de Antigo Regime)* 661

LUIGI NUZZO, *The History of International Law and Today's Challenges* (on Martti Koskenniemi*, Il mite civilizzatore delle Nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960)* 681

STEFANO SOLIMANO, *French Legal Imperialism in Troubles?* (on Antonio Grilli*, Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone)* 701

IRENE STOLZI, *Fascism, History and Historiography* (on Monica Cioli, *Il fascismo e la 'sua' arte*; e Giovanni Focardi*, Magistratura e fascismo*) 719

TESTIMONIES

« Un puente doctrinal ». *Legal Science and Evolution of Labour Law. Interview with* MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER (by Giovanni Cazzetta and Silvana Sciarra) 739

PAOLO GROSSI, *'Jurist' Ovidio Capitani* 767

ABSTRACTS 779

CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

Activities in the Year 2011-2012 791

I collaboratori del « Quaderno » 42

Guido ALPA
Prof. Ordinario di Diritto privato — Università di Roma "La Sapienza"

Clara ÁLVAREZ ALONSO
Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones — Universidad Autónoma de Madrid

Federigo BAMBI
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Roberto BARTOLI
Prof. Associato di Diritto penale — Università di Firenze

Giovanni CAZZETTA
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

Enzo CHELI
Presidente Emerito della Corte Costituzionale

Giovanni CHIODI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano "Bicocca"

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Pietro COSTA
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Ernesto DE CRISTOFARO
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Catania

Giovannangelo DE FRANCESCO
Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Pisa

Giovanni Battista FERRI
Prof. Emerito di Diritto civile — Università di Roma "La Sapienza"

Marco FIORAVANTI
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Roma "Tor Vergata"

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

RICARDO MARCELO FONSECA
Prof. de História de direito — Universidade Federal do Paraná - Curitiba

GIOVANNI FURGIUELE
Prof. Ordinario di Diritto privato — Università di Firenze

VALERIA GALIMI
Assegnista di ricerca in Storia contemporanea — Università della Tuscia

DAVID GARLAND
Professor of Sociology — New York University - School of Law

TOMMASO GAZZOLO
Ricercatore di Filosofia del diritto — Università di Sassari

MASSIMILIANO GREGORIO
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

PAOLO GROSSI
Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze; *Giudice della Corte costituzionale*

MASSIMO LA TORRE
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Catanzaro

MASSIMO MECCARELLI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

ANTONELLA MENICONI
Prof. Associato di Storia delle istituzioni politiche — Università di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO MIGLIORINO
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Catania

LUIGI NUZZO
Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Lecce

GIACOMO PACE GRAVINA
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Messina

FRANCESCO PALAZZO
Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Firenze

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO
Presidente Emérito del Tribunal Constitucional; Consejero permanente de Estado

ALDO SANDULLI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo — Università di Napoli "Suor Orsola Benincasa"

EMILIO SANTORO
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Firenze

SILVANA SCIARRA
Prof. Ordinario di Diritto del lavoro — Università di Firenze

SERGIO SEMINARA
Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Pavia

STEFANO SOLIMANO
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano "Cattolica"

BERNARDO SORDI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

MICHELE SPANÒ
Assegnista di ricerca in Diritto privato — Università di Torino

ALBERTO SPINOSA
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università della Tuscia

IRENE STOLZI
Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

LEONIDA TEDOLDI
Ricercatore di Storia delle istituzioni politiche — Università di Verona

MARIA SOLE TESTUZZA
Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno — Università di Catania

JESÚS VALLEJO
Profesor Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones — Universidad de Sevilla

ISBN 88-14-18169-1

€ 81,00
4169-61

Des. A. Pontecorboli