

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

43
T.I

2014

**QUADERNI
FIORENTINI**

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
TROPÉ (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

43

(2014)

Autonomia
Unità e pluralità nel sapere giuridico
fra Otto e Novecento

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814183676

ISSN 0392-1867

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

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2014

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.
AUTONOMIA: PER UN'ARCHEOLOGIA
DEL SAPERE GIURIDICO FRA OTTO E NOVECENTO

1. In che modo la parola 'autonomia' si è collocata nel divenire del linguaggio giuridico dei secoli XIX e XX? Quale ruolo ha giocato nel discorso dei giuristi? Com'è stata riscoperta, utilizzata, trasformata, levigata, dal sapere giuridico per rappresentare l'ordine, il rapporto fra le parti e il tutto, tra pluralità e unità?

La tensione del discorso giuridico ad attribuire un grado elevato di precisione concettuale alla parola si misura nel XIX e XX secolo con una sorta di continua ribellione del lemma a lasciarsi ridurre entro una dimensione tecnico-giuridica univoca. Più che l'indefinibilità dell'etimo, a conferire polisemia a 'autonomia' è la sua disponibilità a rinascere e ad assumere funzioni diverse, a — si può dire con Michel Foucault — *moltiplicarsi e disperdersi*: ora si piega docile entro una gerarchia, graduata e subordinata a un'unità vincolante, a un sistema di regole e confini; ora invece si sottrae a degradazioni e subordinazioni, rifiutando perfino un riconoscimento proveniente dall'esterno. Le strategie discorsive che conferiscono identità alla parola, usandola per sottolineare il coerente disporsi delle parti nell'unità dell'ordine, offrono una temporanea neutralizzazione di un termine che continua a sfuggire e a evocare una sua paradossale assoluta indipendenza. La parola, certo, rinasce e vive nel sistema, nella rete di relazioni che la esaltano o la negano, che le danno coerenza, ma non si piega mai del tutto, non è mai completamente dominata.

A metà Ottocento, Gerber le concede esistenza fuori dal linguaggio giuridico, dichiarandola incompatibile con un sistema scientifico delle fonti del diritto tutto impregnato dall'unità imposta

dallo Stato-sovrano. A metà Novecento, movendo dalla prospettiva istituzionale e pluralistica offerta dagli studi di Santi Romano, contestando Gerber e le confusioni generate dal « totalitarismo statale », Salvatore Romano usa ‘autonomia’ per cogliere anche, di nuovo, nel diritto dei privati la dinamica di un « continuo movimento di creazione » dell’ordinamento. La parola si moltiplica nei diversi accostamenti che, attribuendole una storia, collocandola nel tempo e nello spazio, intendendola come originaria o derivata, riconosciuta o concessa, cogliendola movendo dall’alto o dal basso, utilizzandola per espandere, limitare, negare, un punto centrale da cui muovere per scorgere unità, descrivono pluralità e differenze ora *entro* ora *oltre* ora *contro* la logica di un’unità-sovrana; propongono, immaginano, fissano o negano gerarchie, conflitti, accordi, equilibri, orizzonti condivisi. Nel corso dell’Ottocento e del Novecento il discorso dei giuristi cerca ripetutamente di chiarire « l’apparente controsenso » di un’impossibile costruzione autonoma di autonomia ⁽¹⁾ ma la parola non cessa di dar vita a sempre nuove controversie concettuali, a nuove coerenze e a discontinuità che attraverso la parola ci parlano del loro sapere, del sapere dei giuristi.

Obiiettivo del « Quaderno » è di seguire nel corso dell’Ottocento e del Novecento tali controversie concettuali, assumendo il termine ‘autonomia’ come nucleo generatore di enunciati, *archè* di tematizzazioni e strategie discorsive, come lemma identico e diverso nei ‘ritorni’, nelle relazioni e opposizioni, nel ruolo propulsivo e costruttivo offerto alle discipline giuridiche per vedere e progettare l’ordine. Non s’intende, dunque, ricercare l’originaria purezza della parola per verificare se, e come, è stata falsata e tradita, ma seguirne l’esistenza nel sapere dei giuristi, nel modo di fissare nessi tra unità e pluralità, e nel farsi delle pratiche istituzionali nei diversi momenti storici.

Se molti sono i profili coinvolti dall’indagine, inevitabilmente ampie — data la polisemia e la fortuna del termine dall’inizio dell’Ottocento — sono le esclusioni. Il rapporto autonomia/

(1) « In realtà, non c’è concetto meno autonomo di quello di autonomia e l’apparente controsenso espresso in questa frase domina le controversie sugli aspetti concettuali del fenomeno » (Salvatore ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 17; a p. 22 la precedente citazione nel testo).

eteronomia come chiave di volta per definire e costruire l'autonomia *del* diritto e la complessiva relazione tra diritto e morale, il problema di autonomia come attributo del soggetto o come attributo della norma, non è, ad esempio, oggetto di diretta tematizzazione; e solo indirettamente si considera il nesso tra autonomia e democrazia, tra autonomia e libertà negativa e libertà positiva, tra autonomia-libertà degli antichi e dei moderni, tra autonomia e *Selbstbestimmung* nelle molteplici accezioni offerte dal discorso politico e filosofico ⁽²⁾. L'elenco delle esclusioni potrebbe ovviamente continuare a lungo, senza riuscire peraltro a indicare tutte le diverse costruzioni e i molteplici spazi generati dalla parola, né per altro verso i tanti temi che il « Quaderno » non è riuscito a considerare tentando di mettere a fuoco « unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento ».

2. Il discorso giuridico nel corso dell'Ottocento è caratterizzato da una progressiva tensione a delimitare il campo d'azione di 'autonomia', a rendere la parola 'coerente' con il monopolio statale delle fonti del diritto e con la sempre più netta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Tale tensione si accentua nei processi di costruzione dello Stato nazionale e con l'affermarsi di una scienza giuspubblicistica programmaticamente indirizzata a porre confini tra linguaggio tecnico-giuridico e linguaggio politico-filosofico, tra relazioni private e assetti normativi statali, tra periferie e centro-sovrano.

A metà Ottocento 'autonomia' si presenta come parola scomoda e pericolosa: troppo generosa nel legittimare fonti del diritto non statale e una scomposta pluralità di centri-sovrani; troppo densa di implicazioni filosofiche, soprattutto dopo la rivoluzione kantiana nell'uso del termine. Ben collocato al centro della teoria morale di Kant, il riferimento innovativo ad *autonomia della volontà* era stato presto sottoposto, come emerge dalle pagine di Luca Fionnesu, a

⁽²⁾ La letteratura sul punto è amplissima; solo a mo' d'esempio, riguardo ai profili richiamati, si cfr. J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover, Juristische Studiengesellschaft, 1988; N. BOBBIO, *Autonomia*, in « Parolechiave » (nuova serie di « Problemi del socialismo »), maggio 1994, 4: *Autonomia*, pp. 11-20; F. RICCOBONO, *Autonomia e diritto: un percorso giusfilosofico*, ivi, pp. 21-30; A. ESSER, *Schwerpunkt: Autonomie und Selbstbestimmung*, in « Deutsche Zeitschrift für Philosophie », 59 (2011), 6, pp. 875-880; CH. CHWASZCZA, *Kollektive Autonomie. Volkssouveränität und individuelle Recht in der liberalen Demokratie*, ivi, pp. 917-935.

critiche e a trasfigurazioni, dilatazioni, estensioni. Nel dibattito filosofico postkantiano il lemma è piegato in direzione di un progressivo ridimensionamento dell'individualità, in nessi sempre più stringenti e assorbenti con prospettive più ampie — la religione, la società, lo Stato, la storia — volte a trascendere i singoli.

La torsione del lemma in area tedesca nella seconda metà dell'Ottocento ben esemplifica i contrasti in atto. In un noto saggio del 1854 Carl Friedrich von Gerber rilegge il termine-concetto nel passato e nel contesto delle fonti del diritto che si stava delineando, che egli stesso stava costruendo. È il lemma, la storia disegnata dalle voci dei Dizionari, la funzione che gli è assegnata per legittimare una confusa varietà di fonti di produzione giuridica, dal diritto dei Principi all'autonomia privata, che esige chiarimenti, precisazioni, nuove distinzioni ⁽³⁾. Ciò di cui Gerber appare convinto è, però, soprattutto l'impossibilità di riuscire a piegare completamente il termine entro il nuovo assetto scientifico, di poterlo addomesticare entro lo *Spielraum* del diritto statale sino al punto da eliminare completamente l'evocazione di *Unabhängigkeit* che trascinava nello Stato, creando confusione, insanabili contraddizioni nel *System* e nella *Rechtsverfassung* tedesca. Per far rinascere la parola, per darle forma in modo pienamente subordinato al nuovo sistema statale, è certo possibile rompere i nessi posti nel passato e crearne di nuovi, contrapporre *Autonomie* e *Privatautonomie*, negare ai rapporti giuridici dei privati lo *status* di fonti del diritto autonome, contrastare l'uso improprio presente nelle pagine di Majer nella seconda metà del Settecento e ancora così fortunato nel discorso dei giuristi ⁽⁴⁾. Le

⁽³⁾ C.F. VON GERBER, *Über den Begriff der Autonomie*, in « Archiv für civilistische Praxis », XXXVII (1854), 1, pp. 35-62, in particolare 35-38.

⁽⁴⁾ Nel suo scritto Johann Christian MAJER (*Autonomie, vornehmlich des Fürsten- und unmittelbaren Adelstandes im R. deutschen Reiche*, Tübingen, Heerbrands, 1782) aveva legato il lemma non solo al diritto dei gruppi (*Gemeinschaften, Genossenschaften*) di fissare norme per i propri appartenenti ma anche ai singoli, intendendo 'autonomia' come espressione di 'naturale libertà', capace di produrre norme, di porsi come fonte del diritto. L'intento programmatico dello scritto è di fare chiarezza attribuendo alla parola « einen reinen deutlichen vollständigen Begriff » (p. 4), rileggendone le origini greche (pp. 98-99), scorgendo il ritorno del lemma in Germania (cfr. a pp. 239-40, il riferimento al *Tractatus de Autonomia*, poi ripreso da Gerber), individuando nessi e distinzioni tra autonomia e libertà. Autonomia acquista senso nelle pagine di

distinzioni, le precisazioni proposte per piegare il lemma, non cessano però di farlo esistere e di rivelare resistenze a una costruzione di un ordine dominato dal centro-sovrano. Per evitare oscurità ed equivoci — questa la nota conclusione del saggio di Gerber — non resta che bandire ‘autonomia’ dal linguaggio giuridico (5).

La posizione rigidamente formalista si presenta ancora isolata ed eterodossa nell’ambito dell’ampio dibattito sul tema presente a metà Ottocento in Germania (6), ma è destinata presto a divenire dominante. Nel rilanciare i suoi argomenti contro le critiche che gli erano state mosse, Gerber precisa che il linguaggio giuridico esige coerenza: la parola non è mai isolata, vive negli istituti (che, con Jhering, non sono da intendere come « bloÙe Konglomerate von einzelnen Rechtsätzen »), va spiegata *nel* sistema scientifico (7). Ed è

Majer legandosi a *Freiheit, Herrschaft, Eigentum* come « Grundrechte der Menschen » da porre inevitabilmente in relazione a un ordine (§ 24, p. 113 e ss.). Autonomia è espressione dei corpi, ma tendenzialmente si estende, come *Privatautonomie* (termine di cui Majer fa ampio uso), come espressione di libertà e di *Privatherrschaft*, anche ai singoli ed è in grado di produrre norme giuridiche (§ 53, p. 213 e ss.).

(5) GERBER, *Über den Begriff der Autonomie*, cit., p. 62.

(6) Cfr. la rassegna delle posizioni offerta in quegli anni da Robertus HERMANN, *De autonomia iuris privati germanici fonte. Dissertatio iuridica*, Iena, Schreiber, 1859, p. VII e ss.; 2 e ss.; nonché con maggiore specifica attenzione alla storia della parola e all’impatto della ricostruzione di Gerber su di essa, Hugo KINNE, *Die Autonomie der preußischen Städte nach den Städteordnungen*, Berlin, Heymann, 1908, in particolare p. 8 e ss. Sul dibattito tedesco cfr. Carsten KREMER, *Autonomie als Rechtsquelle. Die Diskussion über nicht-staatliche Rechtsetzungsbefugnisse in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*, hrsg. v. P. Collin, G. Bender, S. Ruppert, M. Seckelmann, M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2012, pp. 3-32; Sibylle HOFER, *Die Diskussion um den Begriff “Privat-Autonomie” in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert. Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, hrsg. v. P. Collin, G. Bender, S. Ruppert, M. Seckelmann, M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2011, pp. 63-86; nel saggio della Hofer si veda anche riguardo alle voci « Autonomie » di Wilhelm Eduard Wilda (nel « Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten » curato da J. Weiske) e di Paul Achatius Pfizer (nello « Staats-Lexikon » curato da C. von Rotteck e C. Welcker); Stephan MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011 (ed. orig. Tübingen, 2009²); si cfr. in particolare i capitoli 3 e 4, pp. 59-112.

(7) C.F. GERBER, *Nachträgliche Erörterungen zur Lehre von der Autonomie*, in « Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts », III (1859), pp. 411-448, in particolare p. 415 e ss.

nel sistema che egli fa vivere la parola negandola: dopo il 1854 la accompagna nel *System des Deutschen Privatrechts* con un punto interrogativo (8); nei *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, che traspongono il metodo giuridico costruttivo del *System* al diritto pubblico con il dichiarato obiettivo di depurare il linguaggio pubblicistico dagli elementi politici e non giuridici, ‘autonomia’ è affondata nel passato, lontano dalla piena affermazione dello Stato moderno e dalla sua evoluzione in persona giuridica di diritto pubblico, lontano dalla funzione che la costruzione scientifica del presente riserva a *Gemeinden e Corporationen* (9). Nel monolitico Stato accentratore, nello Stato persona che ha compiutamente realizzato il monopolio legittimo del potere, « il popolo, i comuni e le corporazioni di diritto pubblico sono ridotti a ‘oggetti’ della dominazione » (10).

Il percorso tracciato da Gerber indica con nettezza lo spazio in cui la parola può ancora esistere, il polo con cui deve porsi in univoca relazione, le gerarchie che le sono imposte, i monopoli che non deve disturbare. La sistematizzazione formale del diritto statale confina nella sfera (di diritto privato) del contratto il diritto dei corpi intermedi e ammette soltanto poteri generati da una precisa delegazione, subordinati a precisi limiti posti dal vertice-sovrano (11). ‘Autonomia’ può esistere soltanto entro una catena di comandi

(8) Il titolo del § 29 è trasformato da « Autonomie » (GERBER, *System des Deutschen Privatrechts*, Jena, Mauke, 1850², § 29, p. 58) in « Autonomie? » (così, ad esempio, nell’ed. Jena, Mauke, 1870¹⁰, § 29, p. 69).

(9) Nella seconda edizione (1869) dei *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* si afferma « Der Gemeinde steht jetzt kein Recht der Autonomie im Sinne der Verfassungsgesetzgebung zu »; nella terza edizione (1880) la frase si raffina: « Der Gemeinde steht jetzt ein Recht der Autonomie im Sinne einer eigenen gesetzgebenden Gewalt, welche in ihrem Kreise der des Staats gleichartig wäre, nicht mehr zu ». Cfr. KREMER, *Autonomie als Rechtsquelle. Die Diskussion über nicht-staatliche Rechtsetzungsbefugnisse in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, cit., p. 19, nella nota 79.

(10) M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania, II: Dottrina del diritto pubblico e scienza dell’amministrazione 1800-1914* (ed. orig. 1992), Milano, Giuffrè, 2014, pp. 487-488.

(11) Esplicito in tal senso, sviluppando Gerber, è Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Freiburg i. B. e Leipzig, Mohr, 1895³, I, p. 97 e ss. ma si cfr. anche p. 51 e ss., ove la questione dell’unità è proposta nell’ambito della relazione tra ‘Staatenbund und Bundesstaat’ (in particolare pp. 87-88).

proveniente dall'alto, ben immessa entro un'unitaria costruzione tutta caratterizzata dalla personalità dello Stato.

3. Oltre che ospite scomodo nel processo di *State building*, 'autonomia' è però anche ospite necessario. L'unità statale che genera, subordina e domina le parti finisce col presentarsi 'vuota' e per mostrare (e, diciamo così, per esigere) quanto nega: un diverso nesso tra le parti e lo Stato per legittimare il processo di costruzione statale, per dar 'corpo' e 'storia' all'unità delle parti.

'Autonomia' torna da questo punto di vista a essere elemento decisivo in strategie discorsive che la flettono per giungere *dal basso* all'unità statale e per affermare limiti e resistenze nei confronti della portata invasiva dello Stato. Se sicuramente distinte sono le scelte definitorie ⁽¹²⁾, convergente è la pressione esercitata dal sapere giuridico sulla parola per ottenere una coerente rappresentazione del rapporto tra la pluralità e l'unità. Il riferimento a un medioevo tedesco caratterizzato da una fioritura di città, corporazioni, gilde, leghe inter-cittadine, dà senso — ad esempio — nelle pagine di Otto von Gierke al 'corpo dello Stato', disegna nel presente un rapporto organico entro una totalità statale sorretta da entità autonome originarie, non derivate dallo Stato, ma comunque convergenti verso l'unità che concilia *Genossenschaft* e *Herrschaft*. Inevitabilmente diverso negli approcci diviene anche l'accostamento tra 'autonomia' e *Selbstverwaltung* (diverso il riferimento a *Selfgovernment* e la possibilità di immaginare forme di autoregolamentazione del sociale ⁽¹³⁾), ma comune resta la pressione *sulla* parola (ma si potrebbe dire, capovolgendo, *della* parola) per far sì che disegni un nesso coerente tra pluralità e l'unità dello Stato-nazione.

⁽¹²⁾ Cfr., ad esempio, Otto GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I: *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, § 19: 'Die autonomische Satzung', p. 142 e ss.

⁽¹³⁾ Basti pensare alle rappresentazioni pluralistiche offerte da allievi di Gierke (come Hugo Preuss e Hugo Sinzheimer) o da giuristi influenzati dal suo pensiero (come, ad esempio, Santi Romano). Cfr. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, II, cit., pp. 532-533; e, per i profili privatistici, MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, cit., p. 138 e ss.; nonché M. FUCHS, *La "Genossenschaftstheorie" di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IX (1979), 1, pp. 65-80.

In Italia l'affermarsi di un sapere giuspubblicistico specialistico negli anni della costruzione dello Stato unitario fa oscillare 'autonomia' tra le stesse polarità. Nel momento in cui, all'indomani dell'unificazione, la parola transita compiutamente — come mostra il saggio di Luca Mannori — dal linguaggio storiografico a quello giuridico, le diffidenze di fine Settecento e d'inizio Ottocento nei confronti di 'autonomia' intesa come forma minore di libertà, come 'libertà adulterata', si trasformano progressivamente in nuove forme di diffidenza ispirate — anche in questo caso — dalla formalizzazione tecnico-giuridica del 'farsi Stato' della nazione e contrastate dall'impossibilità di rinunciare completamente al termine. Le controversie concettuali volte a dar coerenza alla parola 'entro lo Stato' e 'per lo Stato', rendono sempre più debole la valenza di 'autonomia' come *libertas*, come «piccola sovranità», e si chiudono a fine Ottocento con un nuovo bando dal linguaggio giuridico a vantaggio del più obbediente termine 'autarchia' ⁽¹⁴⁾; una parola questa che — come scrive Bernardo Sordi — omologa prepotentemente allo Stato sia i corpi locali, sia ogni altra forma di organizzazione pubblica.

Non dissimile è il rifiuto nei confronti di 'autonomia' nel percorso di affermazione dello Stato nazionale in Argentina nel momento in cui — come si vede nel saggio di Agustín Casagrande — il linguaggio giuridico si permea di tecnicismo, lo Stato si fa carico del governo del sociale e si rafforza l'esclusività semantica di sovranità statale.

Processo di *state-building* e affermarsi di specialismi disciplinare negano e fanno vivere 'autonomia' entro un campo d'azione comune delimitato dalla sovranità statale. La parola è piegata nelle costruzioni del presente e nei riferimenti al passato, nei diversi appelli alla storia, entro un gioco di relazione variegato ma che, in fondo, ha come polo esclusivo di riferimento lo Stato-sovrano da affermare, da consolidare, da legittimare, da far vivere e immaginare ⁽¹⁵⁾ in una compiuta e 'organica' relazione con le parti.

⁽¹⁴⁾ Si cfr. anche L. MANNORI *Autonomia. Tracciato di un lemma nel vocabolario amministrativo italiano dal Settecento alla Costituente*, in «Rivista di Studi sullo Stato», 2012.

⁽¹⁵⁾ Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

Resta, però, l'indisponibilità della parola a lasciarsi compiutamente racchiudere entro questi confini. La sfortuna di 'autonomia' non è infatti mai completa: continua a generare rappresentazioni 'capovolte' dell'ordine e, colorandosi di tensioni antistatualistiche, diviene bandiera per una diversa progettualità giuridico-politica; incurante dei ripetuti bandi, non solo mostra un diverso ordine *entro* l'unità statale, ma si pone come elemento determinante di strategie discorsive volte a pensare pluralità e differenze *oltre e contro* la logica di una sovrana unità statale ⁽¹⁶⁾.

4. Nel discorso federalista le diffidenze nei confronti di 'autonomia' diminuiscono in relazione alla mutata percezione del centro di riferimento che tende ad essere svincolato da una nozione esclusiva di sovranità. A mutare non è il modo di affrontare l'ambivalenza della parola ma la rappresentazione del *foedus* che unisce, che spinge a cooperare e offre orizzonti condivisi, del polo in riferimento al quale 'autonomia' è chiamata a illustrare la pluralità. Il nesso autonomia-sovranià, autonomia-indipendenza, può essere giocato *contro* la concezione di sovranità assoluta ed esclusiva, per sfuggire — come si vede nel saggio di Corrado Malandrino — alle strettoie imposte dall'ideologia statual-nazionale, per indicare un ordine non più monocentrico ma multipolare. Nella *pars destruens*, tutta indirizzata a leggere autonomia contro lo Stato-Leviatano, si accentua la rappresentazione pluralistica dell'ordine, anche se non scompare il problema di dosare gli strati di 'autonomia' in riferimento all'entità che è chiamata a unire.

Rifiutando l'esclusività e ineluttabilità del percorso di evoluzione della sovranità dello Stato moderno e rivendicando la politicità negata dalla purificazione del lemma imposta dalla formalizzazione giuridica dello Stato accentrato vestfaliano, il campo di azione della parola si dilata. 'Autonomia' è proiettata nel passato per ricercare un

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. DUSO, *Pensare il federalismo: tra categorie e costituzione*, in *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, a cura di G. Duso e A. Scalone, Monza, Polimetrica, 2010, pp. 73-118; S. MEZZADRA, *(Ri)pensare il federalismo nella crisi della forma politica moderna*, in «Quaderni fiorentini», XL (2011), pp. 1129-1149; P. COSTA, «*Oltre lo Stato*»: teorie «pluralistiche» del primo Novecento, in «Sociologia e politiche sociali», V (2002), 1, pp. 11-35.

altro modo di intendere e attuare la sovranità ⁽¹⁷⁾, per disegnare, in opposizione alla sovranità assoluta, un « ordine degli ordini ».

Le pagine di Silvio Trentin tratteggiano diversi approcci al termine: 'autonomia' è per un verso appiattita su autarchia (Manzoni) e per altro verso giocata per rigenerare uno Stato vuoto, formale, diviso dalla società civile, e per proporre, entro la prospettiva federalista, un ordine multipolare (Malandrino). Il percorso è sostenuto da un riferimento a 'autonomia' non solo per connettere la parte e il tutto, ma anche per dare « vitalità » all'ordinamento, per renderlo autentica espressione dei fatti. Prospettando dall'esilio, nel 1933, una « Rivoluzione italiana », una « Costituzione della Repubblica Italiana », Trentin immagina l'ordine grazie ad « autonomia »: « deve essere posta alla base di ogni attività, all'origine di ogni facoltà e ogni potere. Essa sarà in diritto, così come essa è in fatto, il fermento vitale che solo può render operanti gli interessi degli individui come quelli dei gruppi » ⁽¹⁸⁾.

Allargando il campo di azione della parola si torna a rivendicare una sua diversa carica originaria e si riaccendono dispute sulla sua traduzione nelle pratiche istituzionali, sulla sua funzionalità e coerenza 'entro l'unità' e 'per l'unità'. Capovolgimenti, 'falsificazioni', rivendicazioni di purezza o di politicità del lemma si intrecciano nel percorso tracciato da Alejandro Agüero: la neutralizzazione di « soberanía provincial » in Argentina è raggiunta falsando 'autono-

⁽¹⁷⁾ Si pensi alla 'scoperta' di Althusius da parte di Gierke e al succedersi di letture di Gierke e di riletture dell'ordine prospettato da Althusius. Qui è sufficiente rinviare alla 'discussione' pubblicata in questa rivista in occasione della pubblicazione della *Politica methodice digesta* a cura di Corrado Malandrino: D. QUAGLIONI, *Quale modernità per la « politica » di Althusius?*, in « Quaderni fiorentini », XXXIX (2010), pp. 631-648; M. SCATTOLA, *Johannes Althusius e la storia dei saperi politici*, ivi, pp. 648-668; C. MALANDRINO, *Quale attualità per il pensiero di Johannes Althusius?*, ivi, pp. 669-682.

⁽¹⁸⁾ « Autonomia del cittadino; autonomia dell'imprenditore; autonomia dell'azienda; autonomia del sindacato; autonomie delle collettività territoriali, siano esse piccole o grandi, ovunque esse diano prova dell'esistenza di un centro unitario, di un focolare per sé stante di vita economia o politica, o spirituale; autonomia dello Stato. L'autonomia dello Stato non può sussistere che in funzione dell'autonomia dei singoli elementi [...]. Pertanto essa non può tradursi in essere che sulla base di un denominatore che sia comune a tutte le specie particolari di autonomia che entrano a far parte della sua vita ». Silvio TRENTIN, *Riflessioni sulla crisi e sulla rivoluzione*, Marseille, ESIL, 1933, pp. 152-153.

mia', degradando la parola attraverso una « substitución terminológica », un « desplazamiento conceptual » in cui essa è schierata su fronti politici contrapposti, ora per disegnare, ora per indebolire la prospettiva federale, ora per negare, ora per affermare lo Statonazionale centralizzato. 'Autonomia' è bandiera sia di chi contrasta un ordine tutto statale, sia di chi lo rivendica. Nessuno in realtà, intende cedere — come risulta dalle pagine di Giacomo Demarchi sulla situazione spagnola — l'uso di una parola che, riuscendo a colorare con maggiore o minore intensità il rapporto tra le parti e il tutto, resta contesa sia da chi propende per l'ideale della *Nación indisoluble*, sia da quanti si rifanno al federalismo.

La rappresentazione debole, non assolutistica, del momento dell'unità non riesce insomma a privare il lemma della sua ambivalenza, a monopolizzare il vocabolario e a dare un nuovo statuto alla parola ⁽¹⁹⁾. Se il discorso 'federalista' stenta a impadronirsi di 'autonomia', esso riesce però, estremizzandone la polarità 'sovrana', a disegnare un quadro in cui la pluralità emerge con maggior forza, con compiuta visibilità e piena indipendenza. Un'indipendenza, occorre aggiungere, mai assoluta: la rappresentazione che ne deriva, infatti, non può essere portata oltre il limite della parola, imponendole di rifiutare del tutto nessi e relazioni con l'esterno, isolandola sino a distruggerla.

5. Movendo da 'autonomia' si propongono modelli contrapposti di relazione tra pluralità e unità, nonché una gamma di modelli intermedi. Influenzato dalla dottrina di Krause, Heinrich Ahrens in opere fortunate soprattutto in Spagna e ampiamente tradotte anche in Italia, attraverso 'autonomia' propone un ordine organico e armonico, capace di fondere le parti, lo Stato e l'umanità. Lo sguardo è spesso confuso ⁽²⁰⁾, ma giova seguirne per un momento il discorso perché si presta a mettere in luce le tensioni gravitanti sulla parola nel momento in cui si colora di riferimenti alla libera autodeterminazione del soggetto.

⁽¹⁹⁾ Sulle flessioni di 'autonomia' nel dibattito giuridico spagnolo cfr. R. POLO MARTIN, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid, Dyckinson, 2014.

⁽²⁰⁾ Si veda il giudizio liquidatorio di STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, II, cit., p. 641.

La via mediana assume ‘autonomia’ nel senso ‘trasfigurato’ di cui scrive Luca Fionnesu nel suo saggio. L’uso del lemma ricorda più le pagine di Fichte ed Hegel (e di entrambi Krause era stato allievo) che le posizioni di Kant. Pur riconoscendo il valore innovativo e rivoluzionario dell’acquisizione kantiana di ‘autonomia’ come « pura incondizionata autodeterminazione della volontà », Hegel — come evidenzia Fionnesu — riteneva tale prospettiva limitata, da superare e da integrare entro il piano della *eticità* del tessuto istituzionale e sociale. ‘Autonomia’ appare oramai svincolata dall’idea della norma dell’agire e si presenta — in modo oramai lontano dalla innovazione kantiana — come una componente ‘isolata’ della realtà da inserire in relazioni e in contesti « più complessi e perciò più concreti ».

L’ordine di Ahrens si sviluppa muovendo dall’individuo, dalla famiglia, giungendo attraverso gradazioni a realizzarsi compiutamente nello Stato nazionale, ente superiore e indipendente che fissa e garantisce « un giusto rapporto tra tutte le parti », parti « autonome ». Il termine ‘autonomia’ deve essere purificato dalle ‘falsificazioni’ proposte da modelli opposti: Ahrens contrasta la « visione storica » della « scuola liberale » e la « visione autoritaria », astratta e accentratrice, di tipo francese. La relazione del Comune con lo Stato esemplifica gli opposti modelli e indica la via mediana da seguire. Nella visione ‘storico-liberale’ i Comuni esistono prima dello Stato e hanno autonomia/indipendenza/libertà come un « diritto originario » che lo Stato — qui inteso come confederazione di tanti ‘Stati in piccolo’ — non istituisce ed è tenuto a proteggere. Al contrario, nella prospettiva accentratrice di tipo francese lo Stato si costruisce « di su in giù », assumendo « come principio supremo un’unità astratta » e considerando i Comuni « come semplici divisioni geografiche formate per agevolare l’amministrazione » ⁽²¹⁾. L’opposizione all’accentramento francese è frontale (gli stessi francesi non tarderanno, si afferma, a rendersi conto degli inconvenienti

(21) H. AHRENS, *Dottrina generale dello Stato*, Napoli, Stab. tip. dei Classici italiani, 1886 (trad. it. di P. Del Giudice), pp. 165-167; Cfr. anche H. AHRENS, *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto completato nelle materie più importanti da alcuni schizzi storico politici*, Napoli, Marghieri, 1885, vol. I (traduzione di Alberto Marghieri sulla VI edizione di Lipsia); a p. 336 scrive che in Francia il Comune « creazione dello Stato » si presenta « come un fanciullo che rimane sempre minore » (p. 336).

che produce), forti sono però anche le riserve nei confronti dell'indirizzo definito storico-liberale: pur avendo infatti il merito di riconoscere 'autonomia' ai Comuni (22), tale indirizzo disconosce il progressivo affermarsi della « libertà nazionale » e dell'unità statale che tiene insieme le parti, ignora « la legge dello sviluppo organico », secondo cui col costituirsi di un organismo superiore le primitive relazioni tra i membri mutano, e giunge così a teorizzare una « autonomia assoluta » della parte che lede l'indipendenza dello Stato, riducendolo a « una semplice istituzione del Comune » (23).

Contro le visioni estreme si propone un « sistema organico » caratterizzato da un'unione di politica e società, da parti coordinate, indipendenti e subordinate: ciascuna parte « esegue da sé e per proprio impulso [...] la funzione che gli è assegnata nel tutto », ma è subordinata « al tutto superiore », a « norme comuni », alla necessaria « armonia collo scopo universale dello Stato » (24). Entro il sistema organico 'autonomia' si dispiega senza contrasti e unisce: il Comune, « indipendente nella cerchia dei suoi interessi », « coopera » con lo Stato e nello stesso tempo, « come membro del tutto », « abbraccia i suoi cittadini; giacché l'individuo non è ente politico astratto, ma è o dev'essere il membro di una famiglia, d'un Comune » (25). E nel sistema armonico 'autonomia' si rigenera come « autonomia relativa » (26) che dissolve gli estremi, si inserisce in un doppio movimento dal basso verso l'alto e dall'alto verso il basso che, proiettando indipendenza/libertà sul soggetto, sulle comunità, sullo Stato nazionale, sull'umanità, unisce politica e società.

L'armonica via mediana non fa cessare in realtà i contrasti sollecitati dal termine ma si limita ad appiattirli e a banalizzarli: affiancando 'relativa' a una parola tipicamente relazionale, assumendo comunque lo Stato-nazione come il vero detentore di 'autonomia

(22) Perché l'autonomia « deve restare [...] il principio direttivo nella loro cerchia, giacché ciascun organo che sia ravvivato da un intrinseco principio di vita deve lasciarsi indipendente »: AHRENS, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 165.

(23) Ivi, pp. 165-166.

(24) Ivi, p. 168.

(25) *Ibidem*.

(26) Ivi, p. 92. Ahrens ripete: « relativa indipendenza, libertà e autonomia ».

assoluta' e ricorrendo poi a un generico e mitizzato riferimento a *selfgovernment* come « giusta misura » tra gli estremi ⁽²⁷⁾.

Il richiamo ad autonomia individuale e collettiva entro la prospettiva di un armonico ordine universale non genera una diversa costruzione del rapporto tra unità e pluralità ma rende possibile — come evidenzia il saggio di Sebastián Martín sulla fortuna del krausismo in Spagna — muovere da 'autonomia' per costruzioni ora caratterizzate da antilegalismo, ora dal nesso tra autonomia (individuale e collettiva) e responsabilità del soggetto, ora da un ruolo dirigistico dello Stato, funzionale a una rappresentazione della società profondamente impregnata di individualismo possessivo.

Per altro verso la genericità del richiamo ad « autonomia relativa » e a « giusta misura » si presta, entro il sistema organico, a piegare agevolmente il termine medio *selfgovernment* in direzione di *Selbstverwaltung*. Un percorso questo che, come mostra il saggio di Bernardo Sordi, porterà nel caso italiano dapprima a porre una sostanziale equivalenza tra *selfgovernment* e *Selbstverwaltung* e poi condurrà all'approdo di fine secolo ad 'autarchia'.

6. Alla distinzione tra autonomia assoluta e relativa, tra « *autonomia primaria, assoluta o di primo grado* » e « *autonomia secondaria o relativa* » (la prima intesa come facoltà incondizionata di dare o emanare norme giuridiche, la seconda come delegazione esplicita da parte dello Stato), fa ricorso in una piatta ricostruzione Nicola Stolfi per porre ordine nella gerarchia delle fonti e per stabilire « *se oltre lo Stato, altri abbia potestà di emanare norme giuridiche* » ⁽²⁸⁾. Nonostante il rifiuto del termine 'autarchia', la centralità di un'unità tutta caratterizzata dallo Stato è netta. Del tutto pacifica, al di là delle sempre più accese dispute concettuali sul negozio giuridico, appare l'esclusione di 'autonomia privata' dal campo di azione della produzione del diritto. Il termine 'autonomia' scompare dalle pagine di Stolfi per riaffacciarsi, con particolare riferimento alle teorie di Pasquale Stanislao Mancini, come « autonomia della volontà » nella parte dedicata al diritto internazionale privato: qui — una volta

(27) AHRENS, *Corso di diritto naturale*, cit., p. 338 e ss.

(28) Nicola STOLFI, *Diritto civile*, vol. I, *Parte generale*, I. *Fonti disposizioni preliminari e transitorie*, Torino, Utet, 1919, p. 165 e ss. (corsivi nel testo).

precisato che « l'autonomia della volontà non è assolutamente sovrana nemmeno in questa materia » — si discute se debba intendersi come « concessione del legislatore » e interpretata con criteri restrittivi ⁽²⁹⁾.

La civilistica italiana nel corso dell'Ottocento aveva riservato ad autonomia un silenzio pari a quello rilevato per la vicenda francese da Jean-Louis Halpérin: il termine affiora a metà Ottocento in ambito internazionalistico e non riesce — al di là del riferimento solenne al contratto come 'legge tra le parti' — a vincere l'idea dello Stato come produttore esclusivo del diritto. L'imbarazzo di Gény di fronte ad un'autonomia legislativa non statale, illustrato da Halpérin, è indicativo della difficoltà di dominare la parola anche da parte di giuristi mossi da una visione non positivista e della fatale attrazione esercitata tra Otto e Novecento dalle schematizzazioni formalistiche di Gerber.

La costruzione ottocentesca di una sconfinata libertà di contratto ⁽³⁰⁾ ricorre poco al termine 'autonomia'; anzi, all'inizio del Novecento non si manca di contrapporre esplicitamente 'autonomia' a libertà di contratto, proponendo di correggere la legge di Maine: non movimento verso la libertà di contratto ma « trapasso » dallo *status* all'autonomia del soggetto, « da una condizione prevalente di dipendenza ad una di prevalente autonomia » ⁽³¹⁾. Il mutato punto di approdo consente di accordare evoluzione del diritto e necessità della società industriale, e di eliminare le distorsioni prodotte dalla « concorrenza individualistica sfrenata » ⁽³²⁾. Il richiamo a « vera » autonomia del soggetto legittima in questa prospettiva l'intervento sociale dello Stato: la « gradazione ascendente di limiti » posta « in

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 366 e ss.; p. 712 e ss.

⁽³⁰⁾ Se ne parla in termini di costruzione di un mito in Sibylle HOFER, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen, Mohr, 2001 (in particolare p. 74 e ss. sull'interazione tra « Prinzipien der Privatordnung und Nationalökonomie »).

⁽³¹⁾ G. DALLARI, *Le nuove dottrine contrattualiste intorno allo Stato, al diritto e alla società. Saggio critico dei loro fondamenti*, Parte seconda, Torino, Bocca, 1909 (il primo volume, era stato pubblicato, con lo stesso titolo, a Modena, Tip. Toschi, nel 1903), p. 87. Cfr. anche ID., *Di una legge del progresso giuridico formulata da Henry Sumner Maine*, in « Studi Senesi », XXIII (1905).

⁽³²⁾ Ivi, p. 115 e ss., p. 119.

termini indeclinabili » dalla legge per condurre il contratto al suo scopo afferma un'idea di libertà non formale e attenta alle differenze nel momento in cui il « valore in giuoco [è] la qualità di persona, e cioè il carattere inalienabile di soggetto autonomo di diritti » (33).

Nel dibattito sulle leggi sociali, nelle richieste di una libertà contrattuale meno spietata e formale (e il riferimento va soprattutto al contratto di lavoro), 'autonomia del soggetto' rafforza il ruolo dirigistico dello Stato e pone in termini più decisi la questione della coesistenza tra legge e libera volontà delle parti. L'intervento sociale dello Stato esaspera e complica il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato: si aprono nuovi spazi per 'autonomia' (come si vede nel saggio di Peter Collin) e si affaccia l'incubazione di un riferimento a fenomeni collettivi difficili da assorbire entro l'orbita statale.

Nelle dispute che si succedono nel corso del Novecento sul ruolo dell'ordinamento giuridico nella 'giustificazione' dell'autonomia privata si avverte la doppia spinta proveniente dall'uso del lemma: 'autonomia' ora esaspera il richiama a un'incondizionata libertà contrattuale, ora è giocata in modo « bilaterale » (34) come strumento di tutela della parte 'debole'. La diversa enfasi posta nell'una e nell'altra direzione per dare un volto giuridico ad 'autonomia' ha sullo sfondo la questione cruciale del fondamento e dei limiti che l'ordinamento può apporre alla libertà contrattuale individuale e collettiva e, inevitabilmente, lo spazio 'creativo' affidato ai privati e al ruolo dirigistico dello Stato, le diverse « funzioni sociali » che 'autonomia' reclama o che le sono 'riconosciute' (35).

(33) Ivi, pp. 19-20; p. 44 e ss.

(34) Riguardo alla necessità di un uso « bilaterale » del concetto di autonomia privata, da caratterizzare cioè non solo movendo dall'idea (« unilaterale e dunque distorta ») che la riferisce solo alla parte in grado di imporre le proprie ragioni ma per la « promozione della parte debole », cfr. C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in « Europa e diritto privato », 2005, pp. 29-50, p. 39.

(35) Con immancabile riferimento di « confusioni concettuali » al fronte avverso: « nella misura in cui oggi autonomia privata è riconosciuta dall'ordinamento giuridico, essa non è chiamata a creare né ad integrare alcuna norma giuridica (l'asserzione contraria dipende da una deplorabile confusione di concetti), ma solo a porre in essere l'ipotesi di fatto di norme esistenti, dando vita e sviluppo, fra gli interessati, a rapporti di quel tipo che esse norme prevedono e dispongono [...]. [L]'ordine giuridico valuta

7. Il Novecento apre anche nuovi itinerari, nuove rappresentazioni dell'ordine emergono dalla consapevolezza della 'crisi dello Stato moderno', dalla tensione a svincolare il diritto dallo Stato, a far sì che il diritto recuperi in pluralità e fattualità ⁽³⁶⁾. Costellata di organizzazioni e associazioni, di partiti, di sindacati operai e padronali, dalla anomalia di contrattazioni collettive che pretendono di produrre effetti giuridici non limitati *inter partes*, affiora una spinta a disegnare un diverso rapporto tra pluralità e unità.

Si aprono sentieri in cui 'autonomia' è chiamata, non senza contrasti, a giocare un ruolo fuori da rapporto 'bilaterale' con lo Stato, a più diretto contatto con la società. La voce *Autonomia* di Santi Romano è datata aprile 1945 e ben riflette la fase di transizione della parola dall'orizzonte monistico, che la aveva negata e appiattita su 'autarchia', a una prospettiva pluralista ⁽³⁷⁾. Anche entro la prospettiva istituzionalistica e pluralistica restano i dilemmi sollevati dall'ambivalenza del termine. Se « originariamente » — scrive — il termine implicava sovranità, poi il concetto si è allargato per riferirsi anche a auto-legislazione non illimitata né sovrana. 'Autonomia' implica « connessione » ma non si risolve in « medesimezza »; implica « indipendenza » ma « tollera gradazioni »: « il carattere specifico dell'autonomia deve ricercarsi non tanto nell'elemento della volontà con cui questa può esplicarsi, quanto nel fatto oggettivo della formazione di un ordinamento che abbia certi requisiti di indipendenza e, nello stesso tempo, di dipendenza, cioè di limitata indipendenza da un altro ordinamento » ⁽³⁸⁾.

La parte più efficace del testo non riguarda il profilo delle « autonomie pubbliche », bensì quello della « autonomia privata ». È qui che, nonostante alcuni distinguo avanzati nei confronti di

secondo le funzioni sociali dell'autonomia privata e traduce in rapporti giuridici con le restrizioni e condizioni che stima opportune » (E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Novissimo digesto italiano*, I, 2, 1958, p. 1561).

⁽³⁶⁾ P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (2011), ID., « *Lo Stato moderno e la sua crisi* » (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano) (2011), ora in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 3-40; 41-65. La citazione è da p. 14.

⁽³⁷⁾ Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947; la voce *Autonomia* è alle pp. 14-30.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 16 e ss.; p. 29.

Widar Cesarini Sforza, si valorizza il diritto dei privati, si contrastano le costruzioni giuridiche ispirate da « statolatria » e le « note tendenze a fare dello Stato il principio e la fine di tutta la vita sociale e giuridica » (39).

Si è già fatto cenno in apertura alle pagine di Salvatore Romano che, riprendendo le tesi pluralistiche e istituzionalistiche del padre, mirano ad affrontare « il problema dell'autonomia privata » oltre i confini imposti dalle trattazioni pandettistiche e a contestare la teoria del negozio giuridico « sorta sulla negazione del concetto di autonomia » (40). Le pagine in cui con maggior chiarezza Salvatore Romano utilizza 'autonomia' per disegnare un diverso rapporto tra pluralità e unità sono, però, offerte dalla breve presentazione alla riedizione del *Diritto dei privati* di Cesarini Sforza (41). L'attualità del pensiero di Cesarini Sforza è determinata — scrive Romano — dalla Costituzione: dalla necessità di trovare « concetti di sintesi », una rappresentazione della *societas* conforme a quella presente nei primi due articoli della Costituzione, a una *societas* caratterizzata dalla forza ordinante di tutti i consociati e sovrastata da regole di azione elaborate dalla collettività (42). Ed è in quest'ambito che assume rilievo anche l'idea di un'autonomia che si proietta « oltre, al di fuori, al di sopra dello Stato », « collegata [...] alla collettività come fonte primaria di ogni potere ». Nel nuovo quadro costituzionale, 'autonomia' consente la « ascesa verso una concezione totale della *societas* sotto il profilo giuridico », della « *societas* interamente e unitariamente considerata »: « unità in cui si sostanzia

(39) Ivi, p. 29.

(40) Salvatore ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, cit., p. 7 e 22.

(41) Salvatore ROMANO, *Presentazione*, in Widar CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* [1929], Milano, Giuffrè, 1963.

(42) « La *societas* è ordinamento base delle forze ordinanti, dell'ordinarsi, dell'ordinato. Esprime il sistema di azione, dinamicamente dal singolo allo Stato e oltre, cioè al successivo modificarsi del sistema. Lo chiameremmo ordinamento fondamentale se non fosse di dubbio gusto usare lo stesso termine usato da Kelsen per la sua nota norma » (ivi, p. IX-X). Si cfr. sul punto G.B. FERRI, *L'autonomia dei privati come sistema ordinato e ordinante nel pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Firenze - 15 giugno 2004, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 17-35.

la pluralità degli ordinamenti (e la Costituzione è prima di tutto ordinamento di questa pluralità) » (43).

Cesarini Sforza aveva scritto: « codesta molteplicità postula un'unità più profonda » (44). 'Autonomia' può ora tornare a rigenerarsi e a moltiplicarsi in riferimento all'unità più profonda postulata dall'ordinamento costituzionale.

8. *Oltre lo Stato*. Così in estrema sintesi potrebbe qualificarsi il ritorno di una nuova capacità di 'autonomia' nel rappresentare unità e pluralità. Mannori riassume efficacemente la trasformazione realizzatasi nel campo amministrativo dalla metà degli anni sessanta del Novecento come un passaggio da un'*autonomia bilaterale* a un'*autonomia reticolare*; un passaggio caratterizzato dal venir meno del rapporto tra ente superiore ed enti subordinati. Grazie a nuovi riferimenti ai principi costituzionali è possibile abbandonare le risalenti diffidenze nei confronti della parola, renderla 'produttiva' entro un contesto che non assume più come monolitico centro di riferimento lo Stato sovrano.

Una nuova stagione per 'autonomia' si apre anche nel diritto internazionale. Nel momento in cui la parola fuoriesce da costruzioni ispirate dalla dimensione coloniale e non è più filtro per guardare soggettività politiche 'non ancora' pervenute al livello di civiltà, per dosare l'individuazione e il riconoscimento di soggettività giuridica internazionale, di territori autonomi e non autonomi. Certo, come si vede nel saggio di Luigi Nuzzo, il riferimento a un diritto internazionale fondato su relazioni tra Stati sovrani, tra potere statale ed esercizio di *dominium* sul proprio territorio non svanisce ma nel nuovo contesto 'autonomia' può valorizzare il diritto collettivo di tutti i popoli all'autodeterminazione e i diritti di collettività 'non statali'.

Si può dire però che è soprattutto nel diritto dei privati che il declino della sovranità statale dischiude frontiere nuove alla parola. Oltre le condizionanti gerarchie e le vincolanti classificazioni ottonevicesche, 'autonomia privata', 'autonomia contrattuale', rivoluziona l'assetto delle fonti e, affrancandosi dalla dimensione della

(43) Salvatore ROMANO, *Presentazione*, cit., p. XI.

(44) CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., p. 19.

statualità e offrendo un recupero per il diritto ⁽⁴⁵⁾, si pone come strumento di innovazione giuridica (di creazione del diritto), torna a stabilire un contatto più stretto tra diritto e società, tra diritto e economia ⁽⁴⁶⁾. Il giudizio di meritevolezza del contratto si sposta *oltre lo Stato*, ponendo in termini inediti (come si vede nel saggio di Emanuela Navarretta) la relazione tra ‘autonomia’, principio di uguaglianza sostanziale, giustizia contrattuale e organizzazione (‘autoorganizzazione’) dei rapporti economici nel mercato globale. Oltre la coincidenza tra diritto e legge statale, ‘autonomia’ si relaziona con il « quadro dell’ordinamento giuridico », con uno « statuto d’insieme » pluralistico di principi ‘alti’ che l’interprete è chiamato a costruire giorno per giorno ⁽⁴⁷⁾. Nello stesso tempo la parola può giocare un nuovo ruolo entrando in spazi non più di esclusiva competenza statale, come è nel caso della crescente posizione assunta da autonomia privata nella crisi dell’impresa e nei fenomeni di insolvenza analizzato nel saggio di Di Marzio e Macario.

E anche nelle ricostruzioni storiche, sottraendosi all’assillo di considerare ‘autonomia’ entro la tradizionale e formale gerarchia delle fonti del diritto, si guarda all’effettività delle pratiche, alle forme di cooperazione e collaborazione diffuse nell’ordinamento ⁽⁴⁸⁾.

9. La parola ‘autonomia’ avvicina sino a far coincidere o allontana sino a rendere ‘indipendenti’ pluralità e unità entro un gioco di relazioni in cui dal passato si muove verso il presente e dal presente si muove verso il passato. La parola assume volti diversi nel

⁽⁴⁵⁾ P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *I mobili confini dell’autonomia privata*, a cura di M. Paradiso, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 669-691; nonché MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, cit.

⁽⁴⁷⁾ Pietro PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *I mobili confini dell’autonomia privata*, cit., pp. 851-86; ma si veda anche Pietro BARCELLONA, *Autonomia privata e diritto sovranazionale*, ivi, pp. 693-713.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. P. COLLIN, “*Gesellschaftliche Selbstregulierung*” und “*Regulierte Selbstregulierung*”, *ertragreiche Analysekatgeorien für eine (rechts-)historische Perspektive?* in *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, cit., pp. 3-31.

sistema del presente e nel passato, nei progetti per il futuro e nella storia.

Un ampio quadro dei dilemmi suscitati dalla parola è offerto da Pietro Costa seguendo le letture della 'autonomia' del Comune medievale, l'interpretazione e l'uso nella storiografia di un lemma capace di mettere in relazione, logica e storica, 'estremi': la città e lo Stato, le parti e il tutto, gli ordinamenti particolari e l'ordinamento universale. Sottrarsi ai condizionamenti imposti dell'unità statale, alle imposizioni di un'unità 'sostanziale' sovrastante, abbandonare l'assillo di una rappresentazione del processo storico come totalità coerente, andando oltre l'idea dello Stato come 'sintesi' e motore della storia, può consentire allo storico di cogliere il Comune medievale nella sua singolarità, nella sua complessa unitarietà, nella sua originale forma di vita. Sottratto al « cono d'ombra » della moderna statualità, il Comune medievale affiora nella *sua* 'autonomia', ma inevitabilmente torna ad essere interrogato muovendo dal nostro orizzonte ermeneutico e torna ad essere così un oggetto problematico nella sua 'alterità'.

Come in uno specchio è possibile leggere il destino di « impossibile autonomia di autonomia » nei diversi 'ritorni', nell'alternarsi delle sue fortune, nella sua capacità di generare rappresentazioni dell'ordine nel sapere dei giuristi. Un destino questo cui non si sottrae oggi la stessa rigenerazione del lemma *oltre lo Stato*.

*La ricomparsa di autonomia
nel vocabolario della modernità*

LUCA FONNESU

IL RITORNO DELL'AUTONOMIA.
KANT E LA FILOSOFIA CLASSICA TEDESCA

1. Introduzione. — 2. Prima di Kant: tra antichi e moderni. — 3. Kant. *a)* Il problema delle fonti. *b)* Agire secondo principi. *c)* Autonomia ed eteronomia. *d)* L'estensione della 'autonomia'. — 4. Dopo Kant: critica e trasfigurazione.

1. *Introduzione.*

La nozione di 'autonomia' fa oggi parte del linguaggio ordinario così come del lessico specialistico di molte discipline. Ciò è tanto vero che se la si utilizza si cerca spesso di determinarne ulteriormente il significato offrendo qualche spiegazione ulteriore sul modo in cui concretamente la si usa in una data situazione. All'interno delle singole discipline avviene la stessa cosa (basti scorrere l'indice di questo volume) e la filosofia, evidentemente, non fa eccezione: si pensi a quanto sarebbe complesso rendere conto in modo adeguato delle diverse forme di 'autonomia' che occorrono nel linguaggio filosofico contemporaneo (solo per fare qualche esempio: autonomia 'morale', 'razionale', 'individuale', 'personale' 'politica'). Pur in questa varietà di usi è però abbastanza probabile che prima o poi emerga il nome di Kant come di colui che ha richiamato l'attenzione, nel pensiero moderno, sul concetto di 'autonomia', e questo è del resto ciò che accade se si consultano lessici o dizionari filosofici. La convinzione che ne deriva è che Kant introduca nel vocabolario filosofico un termine che, seppure già esistente, è ben lungi dall'aver, in filosofia o altrove, quella collocazione centrale e quel ruolo decisivo che ottiene nella sua teoria filosofica e in particolare nella sua teoria morale: dopo Kant, quella della modernità filosofica pare essere la storia di una ormai conquistata 'autonomia'.

Non si vuole sostenere che in questa immagine non ci sia niente di vero, anche perché, di fatto, la nozione di ‘autonomia’ viene effettivamente introdotta da Kant nel lessico della filosofia con una forza e una rilevanza che nessuno prima di lui, nemmeno chi nella cultura greca l’ha coniata, ha inteso darle. E non solo: è a partire da Kant che quel termine viene ripreso anche al di fuori della filosofia. Varrà ciononostante la pena di esaminare la questione con più attenzione di quanto sovente si faccia.

Il significato di Kant nella tradizione della filosofia morale occidentale è stato autorevolmente indicato proprio nella *invenzione* dell’autonomia: è questa, esplicitamente, l’intenzione — e il titolo — di uno dei libri più importanti dedicati alla ricostruzione della filosofia morale moderna, cioè il lavoro di Jerome Schneewind su, appunto, *The Invention of Autonomy*. Questo libro si apre con l’affermazione che « Kant inventò la concezione della moralità come autonomia » (1), dove l’autonomia caratterizza una concezione della moralità, quella kantiana, vista come punto d’approdo dell’intera filosofia morale moderna. A volere fare una battuta, e con tutte le differenze che non mette conto di ricordare, si potrebbe vedere nel libro di Schneewind una sorta di *pendant*, nella filosofia pratica, dell’imponente opera di Ernst Cassirer sul « problema della conoscenza » nella filosofia e nella scienza moderne (2). In entrambi i casi, infatti, Kant è il punto di arrivo.

Non è però la *nozione* di autonomia a stare al centro dell’interesse di Schneewind, bensì esclusivamente l’autonomia come ‘concezione’ o ‘idea’. Dell’autonomia interessa innanzitutto la funzione di nucleo teorico dell’impianto kantiano, non la dimensione linguistica (che pure alla prima è, evidentemente, intrecciata). L’etica moderna come viene ricostruita da Schneewind — con brillante dottrina — è considerata come la storia di una ‘autonomia’ che ha le proprie parti costitutive nel processo di formazione dell’etica ‘autonoma’ moderna: la moralità come governo di sé, la relazione tra

(1) J.B. SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press 1998, p. 3.

(2) L’opera è stata tradotta in italiano con il titolo *Storia della filosofia moderna. Il problema della conoscenza nella filosofia e nella scienza*, 4 voll., Torino, Einaudi 1952-1958.

moralità e religione e le questioni epistemologiche e psicologiche della moralità ⁽³⁾. Tutti questi elementi sono intesi come tessere di un mosaico teorico che trova la sua realizzazione in Kant.

L'affresco di Schneewind non è affatto privo di interesse o di conferme, come emerge anche da altre ricerche ⁽⁴⁾: personaggi diversi come Wilhelm Dilthey, Ernst Troeltsch e Herbert Marcuse sono tra coloro che mettono l'accento sull'importanza della vicenda moderna della 'autonomia' e tutti fanno, naturalmente, riferimento a Kant ⁽⁵⁾. Probabilmente è Dilthey la fonte di ispirazione di una pagina di Dietrich Bonhoeffer che per certi versi può essere letta insieme con quelle di Schneewind: in una lettera del 16 luglio 1944, poi pubblicata in *Resistenza e resa*, la genealogia bonhoefferiana della 'autonomia del mondo' prende le mosse dalla teologia di Herbert di Cherbury, dalle opere di Montaigne, di Machiavelli e di Grozio per trovare un punto di arrivo nella filosofia classica tedesca: « Kant è in fondo deista. Fichte e Hegel panteisti. Dappertutto l'autonomia dell'uomo e del mondo è la meta dei pensieri » ⁽⁶⁾.

Valeva la pena di ricordare il passo di Bonhoeffer non solo per la tesi che illustra, ma per l'ambito che delimita, ovvero la cosiddetta filosofia classica tedesca, che ha il suo punto di partenza in Kant e che vede tra i suoi maggiori rappresentanti un costante confronto con la 'autonomia'. Proprio in quest'ambito, al quale presteremo qualche attenzione, la nozione di 'autonomia', ripresa e celebrata da Kant alla fine del XVIII secolo, va incontro a vicende linguistiche e teoriche non prive di interesse.

Prima e dopo Kant, dunque. Kant e l'universo filosofico da lui direttamente ispirato costituiscono lo specifico oggetto di queste pagine, anche se faremo qualche cenno sommario — altri lo faranno

⁽³⁾ SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy*, cit., pp. 3-13.

⁽⁴⁾ Un primo, utile avviamento è offerto dalla voce *Autonomie* stesa da R. POHLMANN per lo *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel-Stuttgart, Schwabe, 1971, Bd. 1, Sp. 702-719; cfr. anche F. CALASSO, *Autonomia (Storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 349-356. La migliore ricostruzione storica della coppia autonomia/eteronomia è quella di E. FEIL, *Antithetik neuzeitlicher Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, pp. 25-112.

⁽⁵⁾ Cfr. FEIL, *Antithetik*, cit., pp. 25-28.

⁽⁶⁾ D. BONHOEFFER, *Widerstand und Ergebung*, München, Kaiser, 1990, p. 190.

qui in modo più competente (7) — alle discontinue vicende della nozione prima di Kant, ovvero a quale significato del termine ‘autonomia’ sia presente a Kant e ai suoi contemporanei quando il filosofo tedesco mette proprio questo concetto al centro della propria filosofia morale e della propria costruzione teorica.

A proposito di discontinuità, però, vorremmo richiamare l’attenzione sull’effettivo interesse che la filosofia dell’Ottocento e del Novecento presta alla nozione di ‘autonomia’ fino a tempi molto recenti. Se è vero che oggi la ‘autonomia’ è ben presente nel dibattito filosofico, vale la pena di chiedersi se proprio e soltanto Kant sia all’origine di questo interesse, o se non vi siano altre origini, e magari anche se davvero ci sia stata una lunga e ininterrotta discussione sulla ‘autonomia’ provocata dalla rivoluzione kantiana. E qui non manca, credo, qualche sorpresa, perché non è difficile vedere che dal concludersi della stagione della filosofia classica tedesca — che possiamo datare con la morte di Hegel, nel 1831 — l’attenzione per il concetto di ‘autonomia’ sembra decisamente venire meno già nella riflessione filosofica tedesca del XIX secolo, persino quando la polemica verso Hegel si interseca con il cosiddetto ‘ritorno a Kant’ per poi maturare nella variegata esperienza del neocriticismo (8). Da un lato, quando la norma assume una posizione subordinata rispetto al *valore*, come avviene nella scuola del Baden, la stessa nozione di ‘autonomia’, quando presente, risulta trasfigurata. Ma anche altrove le cose non sono molto diverse: Hermann Cohen, il filosofo neokantiano forse più rilevante per la storia della filosofia morale — e iniziatore della scuola di Marburgo — nel suo libro su *La fondazione kantiana dell’etica* (1877) (9) non dedica certo molte pagine alla questione della autonomia. E non solo. Il rapporto tra norma e valore gioca un ruolo rilevante, com’è noto, anche nel confronto della tradizione fenomenologica con la filosofia morale di Kant: è appena il caso di ricordare che Max Scheler si volge decisamente contro quella che chiama, proprio per la rilevanza della norma o del

(7) Si veda sul punto il saggio di Luca MANNORI.

(8) Su tutta la questione, ben al di là del suo titolo, si veda l’eccellente lavoro di M. FERRARI, *Introduzione al neocriticismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, che offre una ricostruzione di grande interesse del pensiero filosofico tedesco nell’Ottocento.

(9) Tradotto in italiano a cura di G. Gigliotti, Lecce, Milella, 1983.

principio, ‘autonomia stoica o kantiana’, e la prevalenza del valore sulla norma la si può ritrovare nella riflessione di Nicolai Hartmann (e in Husserl). Viene insomma a mancare, in questo contesto, un presupposto essenziale dell’etica di Kant, che, tra l’altro, decide la sua collocazione in quella che è stata felicemente definita «l’alternativa maggiore che attraversa la filosofia morale, in tutta la sua storia», ovvero se si debba dare la priorità alle norme o ai valori ⁽¹⁰⁾: proprio la priorità delle norme sta a fondamento, in Kant, della sua concezione della ‘autonomia’, ed è proprio questa priorità a non venire accettata.

Ciò che si vuol dire è che nel dibattito filosofico un’attenzione specifica alla nozione di ‘autonomia’ ed una sua utilizzazione teorica, tanto più in una forma che possa essere definita ‘kantiana’, è qualcosa di molto recente. Conciso risulta essere il riferimento alla ‘autonomia’ nel *Wörterbuch der philosophischen Begriffe* di Rudolf Eisler (1904) ⁽¹¹⁾, modello su scala molto ridotta del ponderoso e successivo *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cominciato a uscire per cura di Joachim Ritter nel 1971 e di recente concluso, che contiene, al contrario, una voce relativa di buona fattura ⁽¹²⁾.

Proprio Jerome Schneewind ha fatto notare che anche nella letteratura filosofica di lingua inglese — oggi *magna pars* della produzione filosofica anche in filosofia pratica — una genuina rilevanza della nozione di ‘autonomia’ non risale troppo indietro nel tempo ⁽¹³⁾. Perfino filosofi attenti al pensiero kantiano come Sidgwick o Green non hanno dedicato molto spazio alla questione della ‘autonomia’, e lo stesso si può dire di filosofi di pregio che siano al tempo stesso commentatori di Kant come Charlie Dunbar

⁽¹⁰⁾ S. LANDUCCI, *In ricordo di Cesare Luporini*, in « Critica marxista », n.s., 6, 1993, pp. 37-46, p. 42.

⁽¹¹⁾ 2 voll., Berlin, Mittler und Sohn 1904. Di Eisler è naturalmente da vedere anche la voce relativa nel suo ancora utile *Kant-Lexikon* (1916), Nachdruck Hildesheim, Olms, 1984, pp. 54-56.

⁽¹²⁾ POHLMANN, *Autonomie*, cit. Qualcosa del genere potrebbe essere detto anche per i lessici teologici, come mostra Feil: nel 1980 viene data per ovvia la presenza di una voce ‘autonomia’, assente, per fare un esempio, in versioni del 1897 (cfr. E. FEIL, *Antithetik*, cit., pp. 30-31).

⁽¹³⁾ J. SCHNEEWIND, *Autonomy after Kant*, in O. SENSEN (ed.), *Kant on Moral Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 146-168.

Broad e William David Ross. Broad — nel classico *Five Types of Ethical Theory*, del 1930 — fa di Kant l'autore di uno dei cinque fondamentali 'tipi' di teoria etica, ma dà poco spazio all'idea dell'autonomia, anche se coglie l'occasione per criticare l'idea di una moralità imposta a se stessi. William David Ross è probabilmente il maggiore teorico del 'dovere' dopo Kant, e non dedica particolare attenzione alla questione dell'autonomia né nel suo commentario kantiano né nei suoi lavori sistematici ⁽¹⁴⁾. Le cose non cambiano nei filosofi della tradizione cosiddetta 'analitica' attenti ai temi kantiani (come Hare o Baier), che non si affidano certo alla fecondità teorica della 'autonomia', e lo stesso si può dire di ricostruzioni che abbiano anche un intento storiografico: un libro di successo come la *Short History of Ethics* di Alasdair MacIntyre ⁽¹⁵⁾ dedica ampio spazio a Kant, ma non all'autonomia. Rappresentativi di questa scarsa considerazione per la nozione di 'autonomia' sono poi gli eccellenti lavori esegetici di questa area linguistica ancora oggi utilizzati dagli studiosi: si tratta dei commentari alla *Fondazione*, di Paton (1947), alla *Critica della ragion pratica*, di Lewis White Beck (1960), e alla *Metafisica dei costumi*, di Mary Gregor (1963) ⁽¹⁶⁾. Nessuno di questi lavori presta un'attenzione particolare alla 'autonomia'.

Last but not least, due dati significativi per il lungo silenzio sull'autonomia. Il primo: la maggiore enciclopedia filosofica anglosassone degli anni Sessanta, diretta da Paul Edwards ⁽¹⁷⁾, *summa* della filosofia analitica del tempo, non contiene il lemma 'autonomia' né come voce né nell'indice analitico. Il secondo: la prestigiosa rivista *Ethics*, fondata nel 1890, pubblica per la prima volta un articolo dedicato alla 'autonomia' nel 1972.

Fino a una quarantina d'anni fa la nozione di 'autonomia' era

⁽¹⁴⁾ W. D. ROSS, *Kant's Ethical Theory. A Commentary on the 'Grundlegung zur Metaphysik der Sitten'*, Clarendon, Oxford, 1954; *The Right and the Good* (1930), trad. it. a cura di R. Mordacci, Milano, Bompiani, 2000.

⁽¹⁵⁾ New York, Macmillan, 1966.

⁽¹⁶⁾ H.J. PATON, *The Categorical Imperative*, Chicago, The University of Chicago Press, 1948; L. WHITE BECK, *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960; M.J. GREGOR, *Laws of Freedom*, Oxford, Blackwell, 1963.

⁽¹⁷⁾ *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. by P. Edwards, 8 voll., New York, Mac Millan, 1967.

quindi ben lungi dall'essere considerata una nozione centrale del dibattito filosofico. Oggi le cose sono del tutto cambiate, come sappiamo: il termine ha piena cittadinanza nel lessico filosofico contemporaneo, sia sul piano teorico sia sul piano storiografico, in particolare per quel che riguarda chi a Kant in qualche forma si ispiri o la letteratura su Kant e sulla *aetas kantiana*. E non solo: se al di là di Kant prendiamo in esame l'intera filosofia classica tedesca — tra Kant e Hegel — non manca chi, con buoni argomenti, veda nella 'autonomia' una possibile chiave di lettura di questo movimento filosofico preso nella sua interezza ⁽¹⁸⁾.

Il rinnovato interesse filosofico per la nozione kantiana di 'autonomia' ha alcune cause che devono essere ricordate, anche se non sempre sono direttamente collegate al nome di Kant ⁽¹⁹⁾. Un primo fattore è stato lo sviluppo, anche su nuove basi, del dibattito sull'azione e sulla libertà del volere: è in questo contesto che filosofi contemporanei come Gerald Dworkin o Harry Frankfurt ⁽²⁰⁾ hanno insistito sul carattere autonomo, cioè 'spontaneo', della soggettività agente, indipendentemente dal contenuto morale delle azioni. L'autonomia, per questi filosofi, non è qualcosa che abbia necessaria-

⁽¹⁸⁾ Cfr. per esempio il saggio di J.-F. KERVÉGAN, *Le problème de la fondation de l'éthique: Kant, Hegel*, in « Revue de Métaphysique et de Morale », XCV, 1990, pp. 33-55; il capitolo dedicato all'etica, con la partecipazione dello stesso Kervégan, dello *Handbuch zum deutschen Idealismus*, hrsg. von H.-J. Sandkühler, Stuttgart, Metzler; il volume di T. PINKARD, *German Philosophy 1760-1860. The Legacy of Idealism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 (una edizione italiana di quest'opera, a cura di Mario Farina, è in corso di pubblicazione presso la casa editrice Einaudi). Si riferisce alle modificazioni del concetto anche la voce *Autonomie* stesa da H. ALLISON per il *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, éd. par M. Canto Sperber, Paris, PUF, 1996, la cui versione inglese è stata poi pubblicata nel volume *Kant on Moral Autonomy*, cit., pp. 129-145.

⁽¹⁹⁾ V. le indicazioni di J. SCHNEEWIND, *Autonomy after Kant*, cit. Sul tema cfr. anche O. O'NEILL, *Autonomy: the Emperor's New Clothes*, in « Aristotelian Society Supplementary Volume », LXXVII, 2003, pp. 1-21 e EAD., *Self-Legislation, Autonomy and the Form of Law*, in *Recht - Geschichte - Religion. Die Bedeutung Kants für die Gegenwart*, hrsg. von H. Nagl-Docekal u. R. Langthaler, Berlin, Akademie Verlag, 2004, pp. 13-26, in particolare pp. 17-20.

⁽²⁰⁾ Cfr. G. DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; gli interventi più rilevanti di Frankfurt sono raccolti in H. FRANKFURT, *The Importance of What We Care About*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

mente a che fare con la moralità, al contrario: si tratta di un elemento caratteristico degli agenti che hanno un certo tipo di controllo sulle proprie azioni e volizioni. Né si tratta di filosofi che guardino a Kant come una fonte alla quale ispirarsi: Frankfurt, ad esempio, è molto polemico e verso Kant e verso qualsivoglia pretesa della moralità di avere uno statuto superiore ad altre sfere della volontà.

Un secondo fattore è sotto gli occhi di tutti: certi problemi morali legati in modo particolare all'origine e alla fine della vita o allo sviluppo delle scienze — l'ambito della cosiddetta 'bioetica' — hanno messo in particolare evidenza la rilevanza della 'autonomia' delle scelte individuali, pur se si tratta di una autonomia che non può essere semplicisticamente sovrapposta, come è stato fatto notare da Onora O'Neill, ad un'autonomia di tipo kantiano fondata, quindi, su principi che possano essere universalizzati (21).

Direttamente legati a Kant sono invece gli sviluppi della filosofia morale e politica nei paesi di lingua inglese a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, un elemento, questo, che ha contribuito non poco alla ripresa di interesse per il problema della 'autonomia' e che tocca da vicino il nostro tema. Si tratta di un fenomeno di vasta portata che ha esercitato una profonda influenza sul panorama filosofico internazionale. Se si dovesse indicare un termine *a quo* di questo fenomeno, si dovrebbe fare il nome di John Rawls (la *Teoria della giustizia* è del 1971), non tanto per il suo richiamarsi esplicito a Kant, quanto, forse soprattutto, per lo stimolo diretto e indiretto da lui dato alla ripresa di interesse per Kant. Da un lato, infatti, il lavoro di Rawls ha promosso un filone teorico ispirato a Kant che intende formulare tesi morali, o etico-politiche, che sviluppino l'uno o l'altro aspetto della filosofia pratica di Kant: si tratta qui di un nuovo orientamento teorico, ormai spesso designato come 'neokantiano' (22). Dall'altro lato, questo risveglio dell'interesse ha dato avvio, com'era naturale, anche ad approfondimenti esegetici di valore che oggi costituiscono un aspetto di grande

(21) Cfr. O. O'NEILL, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

(22) Per un inquadramento della questione, mi permetto di ricordare il mio lavoro su *Kant e l'etica analitica*, in *Continenti filosofici. La filosofia analitica e le altre tradizioni*, a cura di M. De Caro e S. Poggi, Roma, Carocci, 2011, pp. 79-106.

rilevanza della letteratura kantiana, anche per quel che riguarda la nozione di 'autonomia' (23).

Vale infine la pena di ricordare che Kant è all'origine di indagini recenti sullo sviluppo morale che hanno dato contributi significativi. Si tratta di ricerche che guardano proprio al concetto di 'autonomia' e che intendono integrare una prospettiva più propriamente teorica con l'indagine sperimentale, come del resto mostrava già il pionieristico libro di Jean Piaget su *Le jugement moral chez l'enfant*, del 1932: la coppia autonomia-eteronomia, di esplicita derivazione kantiana, costituiva qui il criterio per la valutazione dello stato di avanzamento dello sviluppo morale (24). Lo stesso impianto teorico, con esplicito riferimento a Kant e a Rawls, sorregge le indagini condotte in questo ambito da Lawrence Kohlberg, che in una accurata analisi degli stadi dello sviluppo morale lo vede culminare in una moralità 'autonoma' di tipo kantiano, come anche le critiche che da parte femminista sono state rivolte, a questa prospettiva, da Carol Gilligan (25).

2. *Prima di Kant: tra antichi e moderni.*

L'origine del termine 'autonomia' è da collocarsi probabilmente nel V secolo a. C., nel contesto delle guerre del Peloponneso e delle guerre persiane. Le principali fonti per l'occorrenza del termine sono storici come Erodoto e, ancor più, Tuciddide: il termine greco *autonomia* ha infatti inizialmente una natura 'politica' e viene coniato per caratterizzare una relazione interstatale, o se si vuole di diritto internazionale, per la quale non si disponeva di un vocabolo adeguato (26). Pare che il termine non avesse un significato partico-

(23) Si veda per esempio il libro di A. REATH, *Agency and Autonomy in Kant's Moral Theory*, Oxford, Clarendon Press, 2006.

(24) Trad. it. Roma, Giunti, 1972.

(25) L. KOHLBERG, *Essays on Moral Development*, 2 voll., San Francisco, Harper & Row, 1981-84; C. GILLIGAN, *In a Different Voice*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

(26) Si veda innanzitutto il lavoro di E.J. BICKERMAN, "Autonomia": *sur un passage de Thucydide*, in «Revue internationale des droits de l'antiquité», V, 1958, pp. 513-544, ma poi, fondamentale: M. OSTWALD, *Autonomia: Its Genesis and Early History*, American Philological Association, Scholars Press, 1982.

larmente rigoroso e che non fosse molto diffuso, ma si fosse reso necessario per la peculiare natura di certe relazioni tra stati: si trattava in particolare di definire la relazione tra stati maggiori come Atene, Sparta o la Persia e stati minori dipendenti dai primi o, comunque, nella loro orbita di influenza. È lo stato minore che può essere definito ‘autonomo’⁽²⁷⁾: il termine, infatti, non viene mai usato nei riguardi degli stati maggiori. Solo per lo stato minore deve essere ribadita, o sottolineata, la conservazione di una qualche forma di ‘autonomia’, che risulta quindi una garanzia concessa da parte di stati pienamente sovrani. La parola nasce dunque in un contesto nel quale la ‘autonomia’ sta ad indicare per uno stato la sua indipendenza e sovranità ‘limitata’ dalla relazione con stati più potenti: la stessa dichiarazione di ‘autonomia’ viene fatta da parte degli stati più potenti, che si guardano bene dall’usare il termine nei propri confronti⁽²⁸⁾. Uno stato ‘autonomo’ è quindi uno stato che conserva alcune leggi, misure o forme di amministrazione proprie, pur essendo dipendente da uno stato più potente: l’autonomia, insomma, è diversa dalla ‘libertà’ (*eleutheria*).

Dopo il diffondersi, a partire dalla fine del VI secolo, di un significato politico dei composti in *-nomos*, anche il termine *autonomos* diventa in Grecia corrente, tanto da trovare occorrenze, per quanto rare, al di fuori del linguaggio politico: riferito a individui, quindi, e non più soltanto a stati⁽²⁹⁾. Il caso più significativo, sovente ricordato, è la figura di Antigone nella omonima tragedia sofoclea (rappresentata nel 441 a.C.), utilizzata proprio per datare l’avvenuta diffusione del termine: Sofocle avrebbe infatti usato in senso metaforico, riferendolo a un individuo, un termine corrente del linguaggio politico. Antigone si reca a morire, recita il coro (v. 821), *autonomos*, quindi secondo una sua propria legge contrapposta ad una legge diversa: si tratta, anche qui, della compresenza di

⁽²⁷⁾ Molto più frequente, in Tucidide, l’uso del termine come aggettivo (cfr. OSTWALD, *Autonomia*, n. 37, p. 54).

⁽²⁸⁾ Cfr. *ivi*, pp. 6-8.

⁽²⁹⁾ Secondo John COOPER (*Stoic Autonomy*, in « *Social Philosophy and Policy* », 20/2, 2003, pp. 1-29, qui p. 2), soltanto tre luoghi della letteratura greca classica precedente l’era imperiale romana riportano un uso del termine *autonomia* applicato ad individui.

due ordinamenti che nel caso specifico entrano addirittura in conflitto.

John Cooper ha richiamato l'attenzione su una presenza significativa del termine *autonomia* in un filosofo greco del primo secolo d. C., Dione Crisostomo (o di Prusa), da considerarsi non propriamente un filosofo stoico ma certamente con punti di contatto con la scuola stoica. Dione fa un uso peculiare dei termini *autonomos* e *autonomia*, che compaiono più volte nell'ultima delle sue orazioni, dedicata, non a caso, alla *libertà* (si tratta della Orazione 80, *peri eleutheria*) ⁽³⁰⁾. Ciò che viene sottolineato qui è la genuina libertà, ovvero la 'autonomia' degli individui che vivano 'secondo le proprie leggi', ovvero secondo le leggi della natura e di Zeus. Davvero liberi, sostiene Dione, sono soltanto i saggi, cioè i filosofi, poiché soltanto questi ultimi vivono secondo le proprie leggi. Secondo Cooper, nelle tesi di Dione e nella coincidenza di 'autonomia' e 'libertà' si realizzerebbe sì una innovazione ma in fondo anche un punto di arrivo della tradizione stoica dando una formulazione esplicita ad una idea presente seppur non espressa nello stoicismo precedente. Nel greco classico, infatti, ci si riferisce « soltanto occasionalmente a persone che governino se stesse individualmente sulla base delle loro proprie 'leggi' (cioè, se non necessariamente autoimposte, almeno scelte da loro o da loro stessi riconosciute) » ⁽³¹⁾.

I giuristi ci ricordano, giustamente, che l'età medioevale, pur lungamente 'autonomista' sul piano della storia delle istituzioni e in generale nella concezione della vita giuridica e politica, non si serve di questo concetto di origine greca che rimane estraneo alla compilazione giustiniana. La nozione riprende a svolgere un qualche ruolo nella prima età moderna, per trovare poi attenzione nel corso del XVII e del XVIII secolo nei paesi europei: questo è ciò che accade in Francia, in Germania e in Italia ⁽³²⁾. Un'accezione politico-amministrativa, e quindi tradizionale, la si trova nelle voci relative

⁽³⁰⁾ COOPER, *Stoic Autonomy*, cit., p. 5. Cfr. *Dio Chrysosthom*, ed. by H. Lamar Crosby, Loeb Classical Library, Cambridge, Harvard University Press, 1951, pp. 316-319.

⁽³¹⁾ COOPER, *Stoic Autonomy*, cit., p. 5.

⁽³²⁾ A questo proposito rimando di nuovo al saggio di Luca MANNORI in questo volume.

della *Encyclopédie* (1751) — *Autonome* e *Autonomie* — con l'esplicito riferimento alle « città della Grecia ».

Niente di nuovo troviamo, dal punto di vista della tradizione filosofica, sotto la penna di coloro che molto hanno fatto per la formazione di un lessico filosofico tedesco come Christian Wolff o la sua scuola. Wolff menziona il termine in un unico paragrafo della *Philosophia civilis sive politica* ⁽³³⁾, mentre non risulta che nei testi dei suoi molti scolari — alcuni dei quali autori dei manuali sui quali Kant faceva lezione, come Alexander Baumgarten o Georg Friedrich Meier — occorra il termine 'autonomia'. Cionostante, nel corso del Settecento germanico il termine comincia a diffondersi ⁽³⁴⁾, tanto che a un certo punto anche la filosofia, come si può mostrare con un esempio significativo, ne deve registrare la presenza.

Nel 1726 viene pubblicato, a Lipsia, il primo dizionario filosofico in lingua tedesca, opera di Johann Georg Walch: si tratta del *Philosophisches Lexicon*, che avrà subito una certa fortuna, tanto da avere tre edizioni durante la vita dell'autore (1726, 1733, 1740) ed una quarta pubblicata postuma per cura di Justus Christian Hennings, nel 1775 ⁽³⁵⁾. Mentre la voce *Autonomie* è assente nelle edizioni di Walch, essa viene inserita da Hennings nella quarta edizione: non sembra troppo azzardato pensare che questa integrazione non venga suggerita soltanto da un particolare interesse, o dalla contezza del suo occorrere nella *Encyclopédie*, ma anche, e forse soprattutto, dal fatto che il termine 'autonomia' fosse diventato talmente diffuso da meritare una qualche attenzione anche da parte della filosofia, forse per il suo ricorrere nelle pagine di giuristi e scrittori di diritto naturale.

Il nome 'autonomia', recita la voce di Hennings, riguardava « alcuni popoli e città che stavano sotto il dominio dei Greci e dei Romani [...]. La parola significa una perfetta libertà e indipendenza.

⁽³³⁾ C. WOLFF, *Philosophia civilis sive politica*, Hall, 1756-1759, I, § 485: è in nome dell'autonomia che ci si deve difendere dalle invasioni.

⁽³⁴⁾ Cfr. le indicazioni di POHLMANN, *Autonomie*, cit., e di FEIL, *Antitibetik*, cit.

⁽³⁵⁾ Del lessico di Walch sono disponibili due ristampe recenti, una della casa editrice Olms, della quarta edizione (Hildesheim, Olms 1968), una curata da M. Kühn, che ha ripubblicato la seconda edizione, del 1733 (Bristol, Thoemmes Continuum, 2001). Quest'ultima contiene informazioni dettagliate sulle vicende del dizionario (anche se ovviamente non contiene la voce *Autonomie*).

Ciononostante le città che portavano tale titolo erano sottoposte ad un altro potere (*Botmäßigkeit*) [...]. Queste città non avevano affatto una libertà illimitata, piuttosto la loro libertà consisteva soltanto nel fatto che era loro permesso di conservare la loro antica forma di governo e di vivere secondo le loro proprie leggi » ⁽³⁶⁾.

Nel corso della vita di Kant quindi, che era nato nel 1724, il termine 'autonomia' diventa in Germania relativamente corrente, noto anche ai filosofi: solo con Kant però, come sappiamo, esso diventa *terminus technicus* della filosofia. Ciò non significa che Kant farà un uso univoco della nozione: Kant si serve anche del significato tradizionale e introduce accezioni nuove, diverse dall'autolegislazione e comunque diverse dallo specifico significato morale per il quale è più noto, e innovativo, il suo intervento rispetto alla tradizione.

3. *Kant.*

a) *Il problema delle fonti*

Kant usa quindi un termine non squisitamente filosofico ma che è presente anche nel lessico filosofico corrente, pur se la sua natura è prevalentemente storico-politica. A questo proposito è bene ricordare il fastidio di Kant per la tentazione di introdurre nuovi termini nel lessico filosofico ⁽³⁷⁾: anche se la cosa accade più spesso di quanto certe sue dichiarazioni potrebbero far supporre, è vero che più di frequente Kant si serve della terminologia della tradizione, o comunque di una terminologia in qualche senso corrente, modificandone anche radicalmente il significato.

Per quel che riguarda il significato che Kant dà al termine 'autonomia' è frequente il riferimento, come fonte kantiana, a Rousseau e ad un noto passo del *Contrat social*, dove si sottolinea che soltanto la libertà morale « rend l'homme vraiment maitre de lui;

⁽³⁶⁾ J.G. WALCH, *Philosophisches Lexicon* (1775⁴), Hildesheim, Olms 1968, Sp. 272.

⁽³⁷⁾ « Coniare nuove parole è una pretesa di dettar legge in materia di linguaggio, cosa che raramente ha successo, e prima di ricorrere a questo mezzo disperato è saggio cercare in una lingua morta e dotta per vedere se in essa non si trovi tale concetto con l'espressione ad esso adeguata » (*Critica della ragion pura*, nella consueta paginazione di prima e seconda edizione: A 312/B 369).

car l'impulsion du seul appétit est esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté » (38). Naturalmente, non si può — né si deve — escludere la possibilità che questo passo sia presente alla mente di Kant nell'elaborare la nozione di autonomia come autolegislazione: in favore di questa ipotesi, oltre a considerazioni di tipo generale (come il noto apprezzamento di Rousseau da parte di Kant), parla la prima parte del passo sull'uomo 'padrone di se stesso' in quanto sottratto alla spinta degli appetiti. Non è però del tutto convincente individuare nell'affermazione di Rousseau la fonte principale o addirittura esclusiva di Kant. Il termine 'autonomia', tra l'altro, che non può non essere stato scelto accuratamente da Kant, non compare nel brano di Rousseau, e la stessa presenza di Rousseau in Kant, sempre sottolineata, è certa, ma estremamente difficile, in questo caso come in altri, è darne conto analiticamente, in modo non generico. Infine, non c'è bisogno di riferirsi a Rousseau per pensare a forme di autolegislazione.

Di recente è stata sottolineata l'importanza che può avere avuto, proprio per l'idea kantiana di autonomia come autolegislazione, una formula della *Lettera ai Romani* di Paolo (2, 14-15): « Quando i pagani, che non hanno la legge, per natura agiscono secondo la legge, essi, pur non avendo legge, sono legge a se stessi ». Ciò che interessa qui è che questo passo è stato oggetto di commento in tutta la tradizione successiva, fino al XVIII secolo, ed è del tutto plausibile che sia stato presente a Kant e in sé e attraverso gli autori che implicitamente o esplicitamente vi fanno riferimento (39). Tra questi ci sono filosofi come Joseph Butler, Richard Price o Christian Wolff: quest'ultimo, del quale sarebbe ridondante ricordare il peso nella filosofia tedesca del Settecento, scrive in modo esplicito, e non occasionalmente, che « un uomo razionale è una legge a se stesso » (40).

(38) J.J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, III, Paris, Gallimard 1964, p. 365 (I, VIII).

(39) Cfr. S. BACIN, *Legge e obbligatorietà: la struttura dell'idea di autolegislazione morale in Kant*, in « Studi kantiani », XXVI, 2013, pp. 55-70.

(40) C. WOLFF, *Deutsche Ethik* (1733), § 24, cfr. § 38 (ho presente la ristampa Hildesheim-New York, Olms, 1976).

b) *Agire secondo princìpi*

Il primo fondamentale presupposto della riflessione kantiana sull'agire e sul volere in ogni sua forma — 'autonomo' o meno che sia — è che l'essere razionale, qualunque essere razionale, agisce *sempre* secondo princìpi. In un passo comprensibilmente famoso della *Fondazione della metafisica dei costumi* Kant scrive: « Ogni cosa della natura opera secondo leggi. Solo un essere razionale ha la facoltà di agire *secondo la rappresentazione* delle leggi, vale a dire secondo princìpi, ovvero ha una volontà » (41). Qui deve essere innanzitutto sottolineata la centralità, nelle diverse accezioni e nei diversi ambiti a cui si riferisce, della legge, della regola, comunque intese. L'idea stessa di ordine, di una qualche forma di regolarità o legalità — nel senso generale della conformità a una regola — è profondamente radicata nella concezione kantiana del mondo e dell'uomo. Ma c'è qualcosa di più: questa medesima idea costituisce la chiave fondamentale anche del parallelismo tra mondo della natura e universo razionale, al quale si rimanda anche nel passo appena citato. È chiaro che in prima istanza ciò che emerge e ciò a cui Kant tiene, e che deve quindi essere sottolineato, è la distinzione, la differenza tra le cose della natura e gli esseri razionali, ma sembra altrettanto evidente che quella delineata da Kant è anche un'analogia tra i due diversi tipi di ordine, quello fondato sulle leggi della natura, da un lato, e quello fondato sulle leggi della ragione, dall'altro. L'analogia si fonda proprio sul tratto comune ai due universi, costituire cioè un ordine secondo regole. Ciò è talmente vero che una delle formulazioni dell'imperativo categorico prende addirittura la natura come *modello* di un ordine conforme a leggi nel quale non si dia, per così dire, la possibilità della trasgressione della legge (42). In questo senso, la natura ha una struttura dal punto di vista formale analoga alla struttura della volontà perfetta, perché non c'è la

(41) KANT, AA IV, 412 (cito come d'uso dalla edizione dell'Accademia — KANT, AA — indicando volume e paginazione).

(42) « Agisci come se la massima della tua azione dovesse diventare per mezzo della tua volontà una legge universale della natura », suona il passo della *Fondazione* (KANT, AA IV, 421) e il tema torna nella *Critica della ragion pratica*, dove proprio e soltanto la forma della « conformità alla legge » (*Gesetzmäßigkeit*) permette di guardare alla legge naturale come il *tipo* (*Typus*) della legge della libertà (KANT, AA V, 68 sgg.).

possibilità che si dia uno scarto tra il principio oggettivo costituito da una *legge universale* e il modo in cui da un lato la natura e dall'altro una volontà perfetta (divina) funzionano. Dal punto di vista, poi, delle leggi della volontà come principi oggettivi e universali, cioè *leggi* in senso proprio, esse valgono per tutti gli esseri razionali poiché sono fondate esclusivamente nella ragione, più precisamente nella ragione pratica pura, che ne è anche l'origine.

L'idea kantiana che si agisca sempre secondo principi ha innanzitutto il significato che non si dà per Kant una volontà di un essere razionale che non sia in qualche forma mediata dalla razionalità e, in particolare, dalla razionalità di un principio: una volontà che non sia di questo tipo ma sia immediata, irriflessa, non è per Kant, del tutto semplicemente, una *volontà* vera e propria.

La volontà razionale può avere diverse forme — fondamentalmente due, perfetta e finita — e di queste due, seppure entrambe determinate da principi della ragione, soltanto una è determinata *esclusivamente* dalla ragione, ossia soltanto da principi razionali: « Se la ragione determina immancabilmente la volontà, le azioni di un essere del genere, che vengono riconosciute come oggettivamente necessarie, sono necessarie anche soggettivamente, ossia la volontà è una facoltà di scegliere *soltanto ciò* che la ragione indipendentemente dall'inclinazione riconosce come praticamente necessario, quindi come buono. Ma se la ragione non determina sufficientemente la volontà questa continua a sottostare a certe condizioni soggettive (certi moventi) che non sempre si accordano con le condizioni oggettive; in una parola, se la volontà non è *in se stessa* pienamente conforme alla ragione (come avviene effettivamente negli uomini): le azioni che vengono riconosciute come oggettivamente necessarie sono allora soggettivamente contingenti, e la determinazione di una tale volontà conformemente a leggi oggettive è *necessitazione* [*Nötigung*] »⁽⁴³⁾. In questa che Kant chiama *necessitazione* e che è una forma di *prescrizione* consiste la normatività della ragione rispetto agli esseri razionali finiti, quali sono gli uomini. È solo a questo punto che si può inserire l'idea di un comando e, di conseguenza, di un 'imperativo'.

(43) KANT, AA IV, 412-13.

La volontà razionale perfetta, evidentemente, non è sottoposta ad alcuna prescrizione: si comporta razionalmente per la sua stessa natura. I principi oggettivi sono per lei i suoi stessi principi soggettivi: potremmo dire che i principi oggettivi, intesi come leggi oggettive della razionalità, sono la semplice descrizione del funzionamento di questa volontà. La prescrittività interviene quando si dà la possibilità che il principio soggettivo dell'agire non sia conforme al principio oggettivo, ovvero alla legge, che allora, in grazia di questo possibile scarto, è un comando. Tutto il significato, e il valore, dell'azione, cioè del volere che dà luogo all'azione, sta quindi nella relazione tra il principio soggettivo della volontà, ciò che Kant chiama la *massima* ⁽⁴⁴⁾, e i principi razionali oggettivi.

c) *Autonomia ed eteronomia*

Nonostante le differenze da altri punti di vista, in entrambi i maggiori scritti kantiani di fondazione della morale — la *Fondazione della metafisica dei costumi* e la *Critica della ragion pratica* — il punto di arrivo della presentazione del principio della moralità, rappresentato evidentemente dall'imperativo categorico, consiste nell'affermazione della tesi della *autonomia della volontà*. Ciò avviene in modo molto più esteso nella *Fondazione* rispetto alla seconda *Critica*, ma almeno questa collocazione può essere ritenuta comune alle due opere. Nella *Fondazione* la tesi viene addirittura presentata come una delle formulazioni dell'imperativo (che dovrebbero però essere, secondo Kant, « altrettante formule di una stessa legge » ⁽⁴⁵⁾) e ad essa viene dedicato un ampio numero di pagine, occupando, con la trattazione della *eteronomia*, tutta la restante parte della seconda sezione del testo ⁽⁴⁶⁾. Collocato sistematicamente in posizione ana-

⁽⁴⁴⁾ Impossibile soffermarsi su questo complesso concetto, sul quale si veda S. BACIN, *Il senso dell'etica. Kant e la costruzione di una teoria morale*, Bologna, il Mulino 2006, p. 180 e ss., che discute ampiamente anche la letteratura sull'argomento.

⁽⁴⁵⁾ KANT, AA IV, 436.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, 431-445. Vale la pena di riportare qui i passi principali: « l'idea della volontà di ogni essere razionale come volontà universalmente legislatrice. [...] La volontà non viene quindi semplicemente sottoposta alla legge, ma viene sottoposta in modo tale che deve necessariamente venire considerata anche come *autolegislatrice* e soltanto per questo sottoposta alla legge (della quale può considerarsi l'autrice) » KANT, AA IV, 431; « la volontà, attraverso la propria massima, possa allo stesso tempo considerare se stessa

loga, il riferimento all'autonomia della seconda *Critica* è invece estremamente stringato, pur se vi si riafferma con decisione l'importanza della nozione ⁽⁴⁷⁾.

Ciò che deve essere spiegato è l'uso che Kant fa della nozione di 'autonomia'. Il primo aspetto da mettere in rilievo è l'insistenza di Kant sulla *legge*, ovvero sulla *norma*. Va cioè sottolineato l'elemento del *nomos*, nella parola 'autonomia': questo aspetto deve essere ribadito per vari motivi. Da un lato, esso è strettamente legato a quell'idea di ordine conforme a leggi che abbiamo menzionato sopra, dall'altro, proprio questo è il tratto caratteristico della posizione kantiana che verrà messo in discussione sia dai suoi critici, sia da chi riterrà di collocarsi nella sua scia, fino agli echi contemporanei. Si potrebbe ipotizzare addirittura, nel costituirsi della peculiare accezione kantiana della 'autonomia', che Kant abbia avuto presente non solo il carattere 'politico' del suo significato corrente, ma anche la sua articolazione interna che ricorre, lo abbiamo visto, anche nella voce del Walch, ovvero il fronteggiarsi di due ordinamenti: la sfera morale-razionale conserva, per Kant, un ordinamento regolato secondo leggi proprie e fronteggia altri tipi di ordinamenti che hanno regole diverse, cioè l'ordinamento della natura conforme alle leggi naturali. Il primo ordinamento è naturalmente assiologicamente superiore al secondo, ma nel caso dell'uomo ha la propria esistenza anche al suo interno, e deve quindi, con esso, confrontarsi.

Il problema spesso sollevato per la nozione kantiana di 'autonomia' riguarda la natura della riflessività contenuta nel termine 'autonomia' (lo *auto-*). Si tratta infatti di indicare il soggetto di quella riflessività, che non può che essere la ragione pura pratica stessa come una facoltà posseduta da tutti gli enti che ne sono portatori: quello che conta, quindi, è che si tratti di una facoltà *impersona-*

come universalmente legislatrice » KANT, AA IV, 434; « l'autonomia della volontà è la costituzione della volontà per cui essa [...] è legge a se stessa » KANT, AA IV, 440.

⁽⁴⁷⁾ « La *autonomia* della volontà è l'unico principio di tutte le leggi morali e dei doveri ad esse conformi; ogni eteronomia dell'arbitrio invece non solo non fonda affatto una obbligatorietà ma è piuttosto contraria al principio di essa e alla moralità della volontà » (KANT, AA V, 33).

le (48). L'autolegislazione è autolegislazione della ragione pura pratica che legifera attraverso i suoi rappresentanti, e in questo senso ogni essere razionale è anche legislatore, sugli esseri razionali finiti e condizionati che evidentemente non sono soltanto razionali, ma sottoposti anche, appunto, al condizionamento delle inclinazioni sensibili, se si vuole ad una *legislazione* diversa, o meglio: esseri che possono aderire ad una legislazione diversa da quella della ragione. E qui ha la sua origine l'idea della *eteronomia*, un termine, al contrario di 'autonomia', che viene probabilmente coniato da Kant, o del quale almeno non sono noti usi precedenti.

Tanto nel caso della autonomia quanto nel caso della eteronomia si tratta evidentemente di riferirsi a ordinamenti retti da regole o leggi. Di fronte al soggetto razionale finito si presentano dunque molteplici possibili legislazioni alle quali aderire: da un lato quella della ragione pura pratica, dall'altro quella che da ultimo ha radice nell'inclinazione sensibile. Soltanto nel caso che si scelga di aderire alla legislazione della ragione si consegue il risultato della *autonomia*, che è quindi, per la volontà individuale, una nozione *normativa* che indica cosa la volontà individuale possa e debba diventare conformandosi alla propria componente razionale. L'infelice espressione di Kant per la quale solo la volontà morale sarebbe libera — che naturalmente non può significare che la volontà immorale non sia in qualche senso libera — deriva dalla compresenza, in Kant, di due distinte nozioni di libertà, cosa della quale egli è del resto consapevole: da un lato si dà una libertà di *scelta* tra diverse componenti della propria personalità razionale e finita, cioè la legislazione della natura, della inclinazione sensibile, e la legislazione della ragione, dall'altro, scrive Kant, « questa *legislazione propria* della ragion pura e, come tale, pratica, è la libertà nel senso *positivo* » (49).

(48) Come sottolinea S. LANDUCCI, *La "Critica della ragion pratica di Kant". Introduzione alla lettura*, Roma, Carocci, 2013, p. 82; dello stesso autore è da vedere il capitolo dedicato al rapporto tra libertà e autonomia nel volume *Sull'etica di Kant*, Milano, Guerini, 1994, p. 213 e ss., che mette in luce anche le difficoltà dell'argomentare kantiano. Presta particolare attenzione a questo carattere della *impersonalità*, detta qui *riflessiva*, della legislazione anche Onora O'NEILL, *Self-Legislation, Autonomy and the Form of Law*, cit., p. 23: « La chiave per i modi in cui Kant collega autonomia, ragione e moralità sta nella sua concezione impersonale della riflessività ».

(49) KANT, AA V, 33.

Con l'uso di due distinti concetti di libertà Kant si ricollega alla tradizione, a partire dalla riflessione stoica, con tutti i problemi che da entrambi i punti di vista si possono porre per l'articolazione dei due concetti: quello di autonomia, della libertà come conformità alle proprie leggi e quello di libertà di scelta. Naturalmente c'è, rispetto agli stoici, una differente concezione della *ragione* — strutturale elemento di distinzione tra pensiero antico e moderno — ma ci sono anche effettive affinità tra la concezione stoica e quella kantiana, a partire dall'insistenza sul *nomos*, cioè sulla centralità dell'idea di legge e di governo, o di legislazione, di se stessi, che ha radice nella ragione e che costituisce il nucleo della moralità. Un ulteriore tratto comune, poi, è costituito proprio dal rifiuto che la libertà nel suo senso più profondo possa esaurirsi nella libertà di scelta ⁽⁵⁰⁾. Beninteso, la libertà di scelta è indispensabile, e lo è anche per Kant, per ammettere la imputabilità delle azioni, e quindi la responsabilità ⁽⁵¹⁾, ma la moralità consiste nel suo rapporto con l'autonomia, ossia, se si vuole, nella scelta di diventare autonomo, cioè di seguire la legge della ragione. Come è stato suggerito, non è difficile cogliere l'elemento di continuità tra la tesi stoica che 'solo il saggio è libero', cioè autonomo — come mostrava Dione Crisostomo — e le tesi paoline e poi dei padri della chiesa sulla libertà intesa come uno « stato d'una persona definibile in termini di valore: libertà, come il bene morale stesso » ⁽⁵²⁾.

In Kant operano insomma due distinte nozioni di libertà, una, come libertà di scelta, opposta alla necessità naturale, l'altra, come autonomia, opposta alla servitù rispetto alle inclinazioni sensibili. Del resto, l'autonomia è la struttura che giustifica anche la libertà come indipendenza dalla necessità naturale: quest'ultima non può

⁽⁵⁰⁾ COOPER, *Stoic autonomy*, cit., pp. 25-26. Per il rapporto del pensiero di Kant con lo stoicismo cfr. anche W. SCHINK, *Kant und die stoische Ethik*, in « Kant-Studien », XVIII, 1913, pp. 419-475 e J.B. SCHNEEWIND, *Kant and Stoic Ethics*, in *Aristotle, Kant and the Stoics. Rethinking Happiness and Duty*, ed. by S. Engstrom and J. Whiting, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 261-301.

⁽⁵¹⁾ Cfr., ad esempio, AA VI, 321: « Ogni trasgressione della legge non può e non deve venire spiegata se non dal fatto che essa sorga da una massima del criminale (di farsi una regola di tale misfatto); se infatti la si derivasse da un impulso sensibile non verrebbe commessa da lui come un essere libero, e non potrebbe venirgli imputata ».

⁽⁵²⁾ LANDUCCI, *La "Critica della ragion pratica"*, cit., p. 79.

evidentemente correre il rischio di essere confusa con il caso — come lasciavano intendere i difensori della determinazione naturale critici della libertà di scelta — ma deve avere una legge propria come legge della libertà: « la libertà, sebbene non sia una proprietà della volontà secondo leggi di natura, non è affatto senza legge, bensì deve essere una causalità secondo leggi immutabili, ma di specie particolare; perché altrimenti una volontà libera sarebbe un'assurdità [...] cosa può allora essere la libertà della volontà se non autonomia, ossia la proprietà della volontà di essere legge a se stessa? » (53).

Nella scelta si tratta, allora, di aderire a diverse forme di *nomos*, di regolamentazione; il comportamento umano è sempre, infatti, autoregolamentato: come si è detto, il problema è se questa autoregolamentazione sia fondata sulla ragione o sia fondata altrove ed altrimenti, ovvero, da ultimo, sulla natura sensibile. Per indicare l'autoregolamentazione che non può costituire una genuina *autonomia*, pur essendo fondata anch'essa su principi, Kant conia il neologismo *Heteronomie*. Resta da chiarire che cosa significhi eteronomia e come invece si caratterizzi, per quali proprietà, la genuina autonomia, ovvero l'autoregolamentazione della volontà secondo principi razionali della ragione pura pratica.

L'eteronomia è una legislazione 'altra', evidentemente, per Kant costituita soprattutto dalla dimensione naturale, il che significa fondare un comportamento su una condizione, cioè su qualche forma di *interesse* (54), scrive Kant nella *Fondazione*: la dipendenza dell'azione, o meglio, della massima dell'azione come suo principio da un interesse estraneo all'azione stessa che ne determini il compimento rende quel comportamento prescritto in vista di altro, in vista di qualcosa di diverso dall'azione stessa, che corrisponde, nella prospettiva di Kant, a un *imperativo ipotetico* della forma 'se vuoi x, allora fai y'. L'azione non viene compiuta in quanto tale, per se stessa, ma in vista d'altro, sulla base di una determinata condizione, *che si voglia x*: ma questo volere x è una condizione che può darsi in alcuni soggetti ma non in altri, per cui questo genere di regolamentazione, che è pur sempre autoregolamentazione, non può avere carattere universale. Questo è quel che accade in tutti i casi in cui si

(53) KANT, AA IV, 446.

(54) KANT, AA IV, 431-32.

agisce in vista di qualcosa di diverso dal ‘mero’ significato universale della massima dell’agire: « Quando la volontà cerca la legge che deve determinarla *in qualche altro luogo* che non sia la conformità delle sue massime alla propria legislazione universale, quindi quando essa la cerca, andando oltre se stessa, nella costituzione di un qualche suo oggetto, ne risulta sempre *eteronomia*. A fornire la legge alla volontà, allora, non è la volontà stessa, bensì l’oggetto, attraverso il suo rapporto con la volontà. Questo rapporto, che riposi sull’inclinazione o su rappresentazioni della ragione, rende possibili solo imperativi ipotetici: devo fare qualcosa, *perché voglio qualcos’altro* »⁽⁵⁵⁾. L’autolegislazione o la volontà autonoma, allora, consiste esattamente nella *assenza* di un riferimento a condizioni, cioè a caratteristiche o desideri estranei, che non possono che dipendere dalla specifica costituzione di un soggetto determinato e particolare⁽⁵⁶⁾. Questo elemento ‘negativo’ gioca un ruolo essenziale sia nella *Fondazione* sia nella seconda *Critica*: « poiché ho spogliato la volontà di tutti gli impulsi che le potrebbero venire dall’osservanza di una qualsiasi legge, non le resta altro che la universale conformità alla legge delle azioni in generale, conformità alla legge che, sola deve servire da principio per la volontà; ossia, non devo comportarmi se non in modo che io possa anche volere che la mia massima debba diventare una legge universale »⁽⁵⁷⁾. A questa eliminazione di ogni condizione individuale, particolaristica, corrisponde il carattere impersonale della legislazione in quanto legislazione della ragione, non delle singole volontà. Al contrario, la singola volontà si caratterizza nella sua autonomia razionale proprio quando *non* si fonda su concezioni soggettive e non si affida ad esse (o vi cede), ma piuttosto sulla struttura razionale, legiferando così, in quanto rappresentante della ragione, su se stesso come individuo non solo razionale *ma* razionale *ed* empirico, finito. Se si vuole: il carattere riflessivo dell’autoregolamentazione *non* è, altrimenti, impersonale, e quindi non è *autonomia*.

Tanto nella *Fondazione* quanto nella *Critica della ragion pratica* Kant ci presenta una tassonomia delle teorie morali, e quindi dei

⁽⁵⁵⁾ KANT, AA IV, 441.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. O’NEILL, *Self-Legislation Autonomy and the Form of Law*, cit., p. 23.

⁽⁵⁷⁾ KANT, AA IV, 402, cfr. 420-21 e i §§ 4, 5 e 6 della *Critica della ragion pratica*.

principi morali, che si sono susseguiti fino alla filosofia critica, ovviamente per mostrarne il carattere errato: coerentemente con rilevanti differenze di impianto che non è certo possibile discutere qui, nei due casi questa tassonomia ha per criterio il carattere *eteronomo* del principio della moralità (in quanto opposto evidentemente ad *autonomo*, nella *Fondazione*) ovvero il suo carattere *materiale* (in quanto opposto a *formale*, nella seconda *Critica*). A noi interessa ovviamente di più la prima formulazione, per vari motivi. Intanto per la consapevolezza kantiana che uno degli elementi fondamentali della sua rivoluzione nella storia della filosofia morale consiste proprio nel trasferimento dell'origine dell'obbligo morale dalla legislazione teologica e giuridica alla legge inscritta nella ragione, alla partecipazione dell'uomo ad essa ed al suo volere di adeguarsi a quella razionalità della quale lui stesso è un rappresentante (suddito e legislatore al tempo stesso). Kant dichiara infatti con chiarezza che « se si guarda indietro a tutti gli sforzi che sono stati compiuti sino ad oggi per scoprire il principio della moralità, non c'è da meravigliarsi che siano tutti dovuti necessariamente fallire. Si considerava l'uomo attraverso il suo dovere legato a leggi, ma non ci si rendeva conto che egli è sottoposto *soltanto alla sua propria e tuttavia universale legislazione* »⁽⁵⁸⁾. L'idea di 'autonomia' è contrapposta a quella di 'eteronomia' poiché la seconda costituisce sì una legislazione, ma con una radice allotria, esterna, estranea, 'altra'. Da un lato, lo si è detto, il riferimento polemico è l'etica della tradizione empiristica, cioè in generale qualunque etica che si ispiri a condizioni empiriche nella genesi dell'obbligo. Dall'altro, l'obiettivo polemico è l'idea di una etica 'teologica', ovvero che fondi la legislazione morale non sulla razionalità della quale l'uomo stesso è partecipe, ma sul comando divino. E questo aspetto ha a sua volta due differenti implicazioni. Da un lato, si tratta della origine della legislazione che non può essere teologica, insiste Kant, che rivendica il carattere 'autonomo' della moralità cristiana: « lo stesso principio cristiano *della morale* non è teologico (e quindi eteronomia) ma autonomia della ragione pura pratica per se stessa »⁽⁵⁹⁾. Tra l'altro, questo genere di origine, oltre a contrastarne per sua stessa natura la

⁽⁵⁸⁾ KANT, AA IV, 432.

⁽⁵⁹⁾ KANT, AA V, 129.

‘autonomia’, darebbe alla legge morale un carattere di arbitrarietà e di contingenza, che per Kant essa non può e non deve avere. Dall’altro, Kant polemizza in modo netto con l’idea — che attribuisce a Crusius — per la quale la moralità derivi da una volontà divina, perfettissima: in questo caso, infatti, la conseguenza investirebbe anche il piano della *motivazione* dell’agire, oltre che quello dell’origine della legge. A spingere all’agire sarebbero infatti le « terrificanti rappresentazioni della potenza e della vendetta », una prospettiva che « non potrebbe non gettare le fondamenta di un sistema dei costumi direttamente contrario alla moralità »⁽⁶⁰⁾. L’autonomia ha insomma un risvolto che non riguarda soltanto il suo significato etimologico di autolegislazione, ma il tema della motivazione, ovvero una dimensione più propriamente soggettiva dell’autonomia, come Kant scriverà nella *Metafisica dei costumi* (1797), integrando in una medesima asserzione il significato tradizionale e il suo proprio senso di ‘autonomia’: « [una massima della virtù] consiste proprio nella autonomia soggettiva della ragione pratica di ogni uomo, quindi che debba servire da movente non il comportamento di altri uomini, ma la legge »⁽⁶¹⁾. Per quanto infatti lo stesso Kant avesse avuto più che un momento di incertezza proprio per quel che riguarda la motivazione — che ancora nella prima *Critica*, pur se le leggi sono già frutto *della ragione*, si fonda sulla prospettiva dei premi e delle punizioni divini⁽⁶²⁾ — a partire dalla *Fondazione* Kant si rende conto della tensione tra una legge autonoma della ragione e una motivazione ‘eteronoma’, cioè fondata su altro, e acquisisce una teoria della motivazione fondata sulla legge stessa, ovvero sul *rispetto* di essa⁽⁶³⁾. Per dirla con una formula: l’autonomia kantiana è rivolta in due direzioni, sia verso il basso sia verso l’alto. Si tratta cioè di mantenere la purezza razionale della moralità radicata nella ragione pura pratica delimitandola rispetto alle incli-

⁽⁶⁰⁾ KANT, AA IV, 443. Nella *Critica della ragion pratica* l’ipotesi di un *sapere* che riguardi l’esistenza di Dio ha per conseguenza una prospettiva analoga che ridurrebbe l’esistenza morale degli uomini ad un *Marionettenspiel* (AA V, 147).

⁽⁶¹⁾ KANT, AA VI, 480.

⁽⁶²⁾ Cfr. KANT, *Critica della ragion pura*, A 811-12 / B 839-40; A 588-89 / B 616-17.

⁽⁶³⁾ Cfr. KANT, AA IV, 400-401. Al tema della motivazione è poi dedicato, com’è noto, il terzo capitolo della *Critica della ragion pratica* (KANT, AA V, 71 ss.).

nazioni sensibili e al tempo stesso rispetto al rischio delle intromissioni teologiche.

d) *L'estensione della 'autonomia'*

Poco sopra abbiamo citato un passo della *Metafisica dei costumi* in cui Kant, si è detto, integra la propria novità nell'uso del termine 'autonomia' con il significato tradizionale. Questa dilatazione ed estensione del significato del termine è caratteristico dell'impostazione kantiana anche dopo avere collocato l'autonomia al centro della propria teoria morale: Kant se ne serve sul piano giuridico-politico, seguendo quindi in sostanza la tradizione, sul piano estetico, con un altro uso innovativo, e anche sul piano teorico complessivo. Essendo Kant del tutto consapevole della novità del suo uso del termine 'autonomia', è verosimile che abbia pensato a questa molteplicità di usi come parti di un insieme coerente con quella che egli sa essere la sua più specifica 'invenzione', per dirla à la Schneewind.

In diversi scritti troviamo un uso politico o politico-giuridico, sostanzialmente tradizionale, della nozione, per esempio, nello scritto sulla pace perpetua (1795), in riferimento alla 'autonomia' degli stati⁽⁶⁴⁾, oppure nel *Conflitto delle facoltà* (1798), in riferimento alla università e alla necessità della sua autonomia « perché sui dotti come tali possono giudicare solamente i dotti »⁽⁶⁵⁾. Un particolare significato, nella riflessione kantiana sulla nozione di 'autonomia' successiva agli scritti di fondazione dell'etica, lo hanno le considerazioni che Kant sviluppa nella *Critica della facoltà di giudizio* (1790). Senza potere approfondire un tema complesso e spinoso come il giudizio di gusto kantiano, basti sottolineare quanto Kant tiene al carattere regolato, in un senso specifico 'autoregolato', della facoltà di giudizio (*Urteilkraft*) che è oggetto dell'indagine: anche la facoltà del giudizio partecipa al carattere ordinato, conforme a leggi, si potrebbe dire, dell'universo concettuale kantiano. La prima versione della introduzione all'opera, la cosiddetta *Prima introduzione* (poi non pubblicata perché eccessivamente ampia) mostra una pervasività della nozione di 'autonomia' che conferma quanto appena detto

⁽⁶⁴⁾ KANT, AA VIII, 346.

⁽⁶⁵⁾ KANT, AA VII, 17.

e al tempo stesso l'interesse per l'unità della ragione che è elemento non secondario del progetto di una critica della facoltà del giudizio.

Il giudizio di gusto, in quanto giudizio sul bello — a differenza per esempio dal giudizio su ciò che è semplicemente piacevole (*angenehm*) — è caratterizzato dalla pretesa alla validità e necessità universale, poiché il suo principio di determinazione « deve stare *non meramente nel sentimento* di piacere e dispiacere per sé soli, ma *allo stesso tempo in una regola* della facoltà superiore di conoscere e qui propriamente nella regola della facoltà di giudizio, che quindi rispetto alle condizioni della riflessione è legislatrice a priori e dimostra *autonomia*; questa autonomia però non è (come lo è quella dell'intelletto rispetto alle leggi teoretiche della natura, o quella della ragione rispetto alle leggi pratiche della libertà) valida oggettivamente, cioè mediante concetti delle cose o azioni possibili, ma meramente soggettivamente, cioè valida per il giudizio che muova dal sentimento [...]. Questa legislazione la si dovrebbe chiamare a dire il vero eautonomia (*Heautonomie*) » (66). La regola ha qui pur sempre una pretesa alla validità universale, per quanto 'soggettiva' (non 'privata') (67), e questa pervasività delle regole e leggi si traduce in una pervasività della autonomia, seppur con accenti diversi, poiché in tutti questi casi si tratta di regole 'a priori'. La ragione quindi — intesa nel suo significato complessivo — viene qui presentata come in generale, nelle sue diverse configurazioni, autonoma o 'eautonomia', scrive Kant, per segnare la differenza dalle altre forme di autonomia (68). L'autonomia non può essere fondata in modo individuale, privato: la regola, la legge, deve avere qualche forma di universalità. Anche nel contesto della terza *Critica*, poi, occorre il termine 'eteronomia', e avendo ormai acquisito un concetto di

(66) KANT, AA XX, 225.

(67) Con la terza *Critica*, Kant distingue il 'soggettivo' dal 'privato' (cfr. su questo C. LA ROCCA, *Soggetto e mondo. Studi su Kant*, Venezia, Marsilio, 2003, qui p. 116), cosa che produce il non facile concetto di una 'universalità soggettiva', cioè non fondata sul concetto, nel giudizio sul bello. Il giudizio sul bello può pretendere una universalità, per quanto soggettiva, mentre la stessa pretesa non può essere elevata dal giudizio su ciò che è semplicemente *piacevole*, ovvero meramente empirico, per esempio il giudizio sul vino: qui vale la regola: 'ciascuno ha il suo proprio gusto' (cfr. KANT, AA V, 212).

(68) Cfr. anche KANT, AA V, 185-6, 281-2, 389.

autonomia che è diventato il suo proprio, Kant può permettersi di integrarlo nel significato tradizionale e fin con espressioni del linguaggio quotidiano: « Il gusto avanza meramente una pretesa di autonomia. Fare di giudizi estranei il principio di determinazione dei propri sarebbe eteronomia » (69).

Infine, l'idea di 'autonomia', con non poche connessioni con la *Critica della facoltà di giudizio*, compare nei testi kantiani anche per caratterizzare la filosofia trascendentale come *sistema*, nel cosiddetto *Opus postumum*. I passi nei quali occorre la nozione che ci interessa fanno pensare a una concezione dell'autonomia che ha assunto un significato filosofico complessivo di tipo teoretico-metafisico e che ha per riferimento l'idea di un *sistema* contrapposto a quella di un semplice aggregato: « Ogni filosofia è 1. autognosia 2. Autonomia 3. Scienza e saggezza. La filosofia trasc. è l'idea del sistema delle idee [...]: non come enciclopedia (infatti questa sarebbe un aggregato empirico) ma come proveniente dall'autonomia[...]. La fil. tr. è la ragione che si costituisce in un intero assoluto di idee (autonomia) che precede a priori prima di ogni esperienza » (70). L'autonomia e la 'autognosia' caratterizzano per Kant l'impresa critica, nelle sue ultime riflessioni, come conoscenza e analisi della ragione da parte di se stessa, secondo principi che la ragione stessa si dà: i filosofi 'idealisti' non poterono leggere questi fogli, ma se avessero potuto leggerli probabilmente vi si sarebbero riconosciuti.

4. *Dopo Kant: critica e trasfigurazione.*

L'ultimo decennio del Settecento, in Germania, è caratterizzato dalla diffusione della filosofia kantiana e da un vivo dibattito sulle idee morali. La stessa lunga attesa dell'opera sistematica sulla filosofia pratica (non più limitata alla fondazione dell'etica) che uscirà solo nel 1797 — la *Metafisica dei costumi* — spinge molti 'kantiani' a cimentarsi nell'impresa (71). E vale la pena di ricordare che le questioni terminologiche non sono affatto estranee al diffon-

(69) KANT, AA V, 282.

(70) KANT, AA XXI, 106.

(71) Molto materiale nel libro di A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico*, Padova, Cedam, 1962.

dersi della filosofia critica, sin dai primi recensori: la questione del lessico di Kant e delle sue peculiarità è ben presto, già tra i contemporanei, un tema da discutere e da approfondire ⁽⁷²⁾, in particolare per quel che riguarda i termini nuovi o quelli ai quali Kant ha dato un nuovo significato.

È opportuno gettare almeno uno sguardo su chi si sia rivolto in modo decisamente critico alla innovazione kantiana e soprattutto alle sue conseguenze, per difendere concezioni alternative della moralità, per poi vedere la posizione di coloro che abbiano invece dichiarato di porsi nella scia di Kant, magari con l'intento di portarne a compimento il progetto. Si vedrà così che la nozione di 'autonomia' va incontro, nel corso della cosiddetta filosofia dell'idealismo tedesco o — se si vuole — negli sviluppi postkantiani della filosofia classica tedesca, ad una vera e propria trasfigurazione. Quest'ultima è il segno, insieme con altri elementi, di un deciso mutamento di orizzonte che coincide, più o meno, con la svolta di fine secolo. Non sono più le idee morali, infatti, ma altre istanze che diventano trainanti con i primi anni dell'Ottocento, come si vede chiaramente dalla riflessione di Fichte e di Hegel. Non c'è più soltanto l'insofferenza per un tratto che ha un ruolo costitutivo nella concezione kantiana dell'autonomia, ovvero il carattere fondazionale e il ruolo centrale della legge, della norma: è la moralità stessa che viene vista come limitata.

Tra i maggiori critici dell'idea kantiana di 'autonomia', ma con ancor più forza di alcune conseguenze che si pensa di poterne trarre, c'è chi alla diffusione della filosofia di Kant aveva dato un contributo di non poco conto nel corso degli ultimi dieci anni del Settecento: Karl Leonard Reinhold. Reinhold è una figura estremamente significativa nel panorama dei filosofi 'post-kantiani', a partire dal fatto che è l'autore dei *Briefe über die Kantische Philosophie*. Queste 'lettere' appaiono prima in rivista (1786-87) e poi in volume e vengono considerate unanimemente uno dei maggiori veicoli di diffusione del criticismo. Non interessa qui il succedersi di entusiasmi

(72) Sulla questione si veda l'accurata introduzione di N. Hinske alla ristampa anastatica del lessico kantiano di C.C.E. SCHMID, *Wörterbuch zum leichtern Gebrauch der Kantischen Schriften nebst einer Abhandlung*, Jena, Croker, 1790; rist. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. VII-XXXII.

smi, da parte di Reinhold, per i vari personaggi, da Kant a Bardili, tanto da venir detto da Schelling una 'banderuola'. Interessa invece un suo saggio estremamente rappresentativo di un determinato atteggiamento di fronte al problema della 'autonomia', che già nel titolo rivela la propria impostazione: *Sulla autonomia come principio della filosofia pratica della scuola kantiana e dell'intera filosofia della scuola fichtiano-schellinghiana*, pubblicato nel 1801 ⁽⁷³⁾ nell'ambito di una serie di 'contributi' che escono tra il 1801 e il 1803 e che, tra l'altro, per la loro identificazione delle posizioni di Fichte e Schelling provocano il primo intervento pubblico di Hegel, che redige uno scritto famoso teso a distinguere i due filosofi prendendo chiaramente le difese del secondo, la *Differenza del sistema filosofico di Fichte da quello di Schelling* (1801).

Il titolo del saggio di Reinhold esprime anche il suo obiettivo polemico: il principio dell'autonomia, che è stato inteso come principio della volontà da Kant ma come principio della filosofia *tout court* da Fichte e Schelling ⁽⁷⁴⁾, viene detto da Reinhold *l'errore fondamentale* (*Grundirrtum*), che viene invece preso per una *verità fondamentale* (*Grundwahrheit*) ⁽⁷⁵⁾. Riprendendo le critiche che al movimento idealistico erano state rivolte da Jacobi in una lettera aperta a Fichte, rivendicando l'importanza della fede nel suo confronto con le pretese del sapere filosofico, Reinhold rifiuta nettamente la validità del concetto di autonomia. Di fronte allo 'abisso' del Sé che si strappa da Dio, che costituisce la vera origine di quell'errore, l'uomo può soltanto provvedere con l'agire religioso che è vera autonegazione e nel quale l'uomo ha « soltanto Dio e la natura sotto Dio davanti agli occhi » ⁽⁷⁶⁾. In questo modo, dal punto di vista filosofico, ci si può sollevare a un pensiero che prenda le

⁽⁷³⁾ K.L. REINHOLD, *Über die Autonomie als Princip der praktischen Philosophie der Kantischen und der gesammten Philosophie der Fichtisch-Schellingschen Schule*, in *Beyträge zur leichtern Uebersicht des Zustandes der Philosophie bey dem Anfange des 19. Jahrhunderts*, Zweytes Heft, Hamburg, Perthes, 1801.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, pp. 105-106.

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 109.

⁽⁷⁶⁾ Ivi, p. 139.

mosse dal vero assoluto e ritorni ad esso: una rivelazione del ‘vero originario’ (*Urwahre*)⁽⁷⁷⁾.

Tra le reazioni critiche alla nuova concezione kantiana dell’autonomia c’è quindi l’interpretazione della autonomia come una difesa dell’indipendenza e della autosufficienza della soggettività, addirittura come una nuova forma di egoismo, che secondo Reinhold alcuni interpreti ispirati dallo stesso Kant — Fichte e Schelling — avrebbero portato alle sue estreme conseguenze, radicalizzando il razionalismo kantiano in una concezione dell’autonomia della ragione come chiave dell’impresa filosofica (idealistica) in quanto tale. Come si è accennato, la posizione di Reinhold esprime un sentire non soltanto suo: nella stessa direzione di Reinhold vanno, per esempio, le critiche che Franz von Baader rivolge all’idea kantiana di autonomia. Ciò che non convince Baader è proprio l’insufficienza di una fondazione dell’etica e della soggettività su se stessa. La pretesa degli *Autonomisten* o dei teorici dell’autolegislazione — un’idea per Baader assurda — è attribuire all’uomo la stessa assoluta libertà di Dio⁽⁷⁸⁾.

La critica rivolta a filosofi come Fichte e Schelling da Reinhold e da altri non è affatto impropria, per quanto riguarda i contenuti: che Fichte e Schelling intendessero estendere ‘l’autonomia’ della ragione, come del resto aveva fatto anche Kant, al di là della mera sfera morale, è difficilmente contestabile. Schelling, ancora vicino a Fichte, ha l’occasione di scrivere, nel 1797, di una autonomia « originaria » che può essere considerata o dal punto di vista teoretico — ed allora è un « rappresentare », cioè un « costruire cose finite » — o dal punto di vista pratico, dove è un « volere »⁽⁷⁹⁾. L’autonomia, infatti, Schelling lo dichiara esplicitamente pochi anni dopo (nel *Sistema dell’idealismo trascendentale*, 1800), la nozione kantiana che stava al culmine della filosofia pratica, è stata ampliata a principio dell’intera filosofia ed è, nella sua piena realizzazione, « idealismo trascendentale »⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, p. 140.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. FEIL, *Antibetrik*, cit., p. 86.

⁽⁷⁹⁾ F.W.G. SCHELLING, *Ausgewählte Schriften*, hrsg. von M. Frank, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1985, Bd. I, p. 206.

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 603.

È insomma cominciata già nell'ultimo decennio del secolo XVIII — e si potrebbe aggiungere: sviluppando i suggerimenti del fondatore della filosofia critica — quella sorta di 'trasfigurazione' della nozione di *autonomia* che è caratteristica della recezione del concetto da parte dei grandi filosofi che si ritengono i continuatori del progetto kantiano. La dilatazione, l'estensione, la trasfigurazione e financo avventurose acrobazie linguistiche vanno in questi anni a segnare le vicende concettuali del termine: basti a questo proposito scorrere le lettere a Körner poi pubblicate come *Kallias, o della bellezza* di Friedrich Schiller, un altro protagonista del periodo.

I filosofi che con più attenzione riflettono sulla nozione kantiana di 'autonomia', anche per il loro comune interesse per la filosofia pratica, sono Fichte e Hegel. Sono loro che scrivono una sorta di conclusione di questo primo capitolo della 'autonomia' nella tradizione filosofica moderna.

Nei primi scritti di Fichte troviamo già un uso del termine 'autonomia' (*Autonomie*) che prelude a una nuova prospettiva: nella recensione dell'*Enesidemo* di Schulze, nel 1794, Fichte fa riferimento ad una autonomia *assoluta* ⁽⁸¹⁾ e altrove, negli stessi anni, a una « autonomia della spontaneità » e a una *Selbstgesetzlichkeit*, autolegislattività, riferita al puro pensiero ⁽⁸²⁾. In entrambi i casi siamo nell'ambito della teoria della soggettività e della teoria della conoscenza, non della filosofia morale: si tratta di un aspetto caratteristico della prima filosofia fichtiana, per cui la sfera del 'pratico' viene dilatata ⁽⁸³⁾ fino a significare non un peso maggiore del momento morale, ma in generale un ruolo centrale dell'attività dell'intelligenza con un significato metafisico, prima ancora e più ancora che morale. La libertà è una radice della soggettività ben più profonda dell'azione consapevole sul mondo da parte di un individuo singolo, e sta a fondamento di quest'ultimo. Come Fichte avrà a scrivere di lì a qualche anno — affrontando il problema della moralità — l'agire

⁽⁸¹⁾ J.G. FICHTE, *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften* (=GA), hrsg. von R. Lauth et al., Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1962 sgg., I.2, 55.

⁽⁸²⁾ GA, II.3, 152-3.

⁽⁸³⁾ Cfr. le osservazioni di C. CESA, *Sul concetto di « pratico »*, in Id., *J.G. Fichte e l'idealismo trascendentale*, Bologna, il Mulino, 1992, pp. 101-119.

concreto del soggetto morale come individuo singolo costituisce una sorta di prolungamento della libertà originaria e assoluta della soggettività, della spontaneità che precede ogni coscienza: la libertà come principio di intervento nel mondo è la continuazione della libertà come « principio teoretico di determinazione del nostro mondo », ovvero della costituzione di esso ⁽⁸⁴⁾ (con la differenza che della seconda non siamo consapevoli e possiamo solo ricostruirla filosoficamente, mentre della libertà come principio morale siamo coscienti). In questa prospettiva, la legalità immanente della soggettività non ha carattere normativo come l'autolegislazione kantiana, o se lo ha non lo ha nel senso di una struttura prescrittiva che imponga azioni a un soggetto individuale.

La 'autonomia' diventa allora, per Fichte, il principio della legalità immanente della ragione, ma nel suo prolungarsi in principio di causalità della libertà nel mondo perde il suo radicamento in una norma e in un principio dell'agire come invece avveniva in Kant: il processo di realizzazione della moralità è il principio di realizzazione della soggettività razionale che si manifesta attraverso diverse figure o tappe con un carattere dinamico del tutto assente in Kant e che costituisce invece l'elemento specifico della prospettiva del nuovo 'idealismo'. Quello che viene a mancare, dal punto di vista della moralità, è la centralità della legge e della norma che caratterizzava la prospettiva di Kant e che costituiva lo scheletro della ripresa e trasformazione della nozione di 'autonomia' nella cornice dell'imperativo categorico come comando della ragione.

La nuova concezione fichtiana della moralità — che si distacca da Kant pur presentandosi come il completamento della filosofia critica — emerge nel fichtiano *Sistema di etica* del 1798. È qui che ben presto, nel corso del testo, si ha anche un mutamento terminologico del quale non si può sottovalutare l'importanza: l'autonomia come autolegislazione nel senso kantiano non è più il concetto portante, e Fichte dichiara esplicitamente la necessità di sostituire la *Autonomie* con la autosufficienza, la *Selbständigkeit*. La norma è ora solo una tappa del processo di realizzazione e manifestazione della soggettività che ha la sua origine nella assoluta attività spontanea

⁽⁸⁴⁾ GA I.5, 77.

(*Selbsttätigkeit*), e al suo termine la *Selbständigkeit* ⁽⁸⁵⁾, la autosufficienza della ragione. Il nuovo principio morale fichtiano richiede infatti « la libertà per amore della libertà. Chi non vede che la parola libertà compare in questo enunciato in due significati diversi? La seconda volta si parla di uno stato oggettivo che deve venire prodotto; dell'ultimo e assoluto scopo finale; della completa indipendenza da tutto ciò che è fuori di noi; la prima volta si parla di un agire, in quanto tale, e non di un essere; di un agire meramente soggettivo. Io devo agire liberamente per divenire libero » ⁽⁸⁶⁾. Ci troviamo ancora di fronte a due concetti di libertà, ma in un senso profondamente diverso da quello kantiano. Si tratta ora del processo teleologico della *destinazione dell'uomo* che sorregge la nuova formulazione dell'imperativo categorico: adempi ogni volta la tua destinazione, ovvero compi quelle azioni che sono i tuoi doveri perché « si trovano in una serie che, continuata all'infinito, renderebbe l'Io assolutamente indipendente » ⁽⁸⁷⁾.

Se dalla norma come principio dell'agire si è passati a un processo costituito al suo principio dalla assoluta attività della ragione ed al suo termine dalla sua assoluta autosufficienza, liberazione da ogni vincolo esterno, questo processo ha un significato più metafisico che morale in senso proprio: il significato morale delle azioni, ovvero dei doveri, è dato dalla loro collocazione in una serie che ha carattere metafisico e che riceve piena legittimazione se viene inserita in un processo che in realtà non riguarda il solo individuo, ma l'intera ragione articolata in più individui come *rappresentazione, esposizione* della ragione nel mondo: le serie sono molteplici come molteplici sono gli individui, ed è l'articolazione delle serie che costituisce il processo. In questa prospettiva, è inevitabile che la *Selbständigkeit*, l'autosufficienza del singolo, tenda progressivamente ad attenuarsi e a perdersi in una ragione metaindividuale della quale il singolo finisce per essere più lo strumento che il protagonista. In questo modo si annuncia, già a Jena, il ridimensionamento dell'individualità che sarà caratteristico degli sviluppi successivi del pensiero fichtiano, sempre più orientato in senso religioso. L'ele-

⁽⁸⁵⁾ Cfr. GA I,5, 67.

⁽⁸⁶⁾ GA, I,5, 143-44.

⁽⁸⁷⁾ GA, I,5, 144.

mento della legge e della norma che comincia ad essere ridimensionato già nel *Sistema di etica* diventerà più avanti, con esplicito riferimento critico alla filosofia morale di Kant ma anche alle proprie posizioni precedenti, una morale *inferiore* proprio perché fondata sulla idea della legge e sulla semplice prospettiva della *legalità*: « Kant — scriverà Fichte nel berlinese *Avviamento alla vita beata* del 1806 — è l'esempio più pertinente e conseguente di questa visione », per la quale « la realtà e l'autosufficienza (*Selbständigkeit*) dell'uomo sono dimostrate soltanto dalla legge morale che vige in lui » (88). Il filosofo è ormai entrato in una prospettiva complessiva che non è più quella di una teoria dell'Io e della soggettività, ma di una teoria dello Assoluto, allo stesso tempo analoga e distinta rispetto a Hegel (89): è in questo contesto che il ruolo dell'individualità viene per Fichte progressivamente ridotto, fino al rischio dell'autoannullamento in Dio.

Per quanto sia nota l'immagine di un Gesù Cristo 'kantiano' presente in uno degli scritti giovanili hegeliani (cosiddetti 'teologici', secondo la nota titolazione del primo editore, Hermann Nohl), la polemica verso il *nomos* è da parte di Hegel ancora più radicale rispetto a quella di Fichte. La cosa non può stupire troppo: Fichte svolge certamente un ruolo non indifferente nella recezione e rielaborazione hegeliana dell'etica di Kant, ma la ricerca schilleriana di una ricomposizione almeno estetica delle scissioni moderne esercita su Hegel una influenza ancora più profonda. Del resto, la critica della enfasi kantiana sulla 'legge' è notoriamente, in questi anni, un tratto comune a molti che a questo obiettivo polemico accostano quello del famigerato 'dualismo' tra natura e ragione: in questa prospettiva possono essere accomunati filosofi diversi come lo stesso Fichte, Schiller e Hegel.

Il termine *Autonomie* ha nelle pagine di Hegel un significato prevalentemente critico, mentre ricorre in esse, di frequente e non solo sul piano della filosofia pratica, il termine *Selbständigkeit*, molto

(88) GA I.9, 108.

(89) Su questo si vedano almeno i lavori di K. GLOY, *Der Streit um den Zugang zum Absoluten. Fichtes indirekte Hegel-Kritik*, in « Zeitschrift für philosophische Forschung », 36, 1982, pp. 25-48 e C. CESA, *La soggettività e l'assoluto tra Fichte e Hegel*, in M. Barale (ed.), *Dimensioni della soggettività*, Pisa, ETS, 2008, pp. 33-50.

usato da Fichte — lo si è visto — proprio al fine di riorientare l'indagine rispetto alla posizione kantiana e come una consapevole traduzione nel proprio quadro teorico della *Autonomie*.

Ben presto, già nello scritto su *Lo spirito del cristianesimo e il suo destino*, Hegel fa addirittura del sarcasmo sull'ipotesi che la *positività* venga superata dalla 'autonomia' di Kant. Lo spirito di Gesù nel sermone della montagna è « un tentativo, compiuto per mezzo di parecchi esempi sulle leggi, di sottrarre a queste l'elemento legale, la forma di legge... predica dunque un qualcosa che è superiore all'ubbidienza alle leggi e che le rende superflue »⁽⁹⁰⁾. Il problema del legalismo, che sia quello ebraico o quello kantiano, per il quale diventa essenziale l'obbedienza 'ai propri imperativi', non cambia nella sua natura fondamentale: per l'ebraismo il signore al quale si deve obbedire si trova all'esterno, mentre nel legalismo kantiano si trova all'interno, ma resta il fatto di essere 'servo'. Per questa via, quella della 'autonomia del volere umano', la positività viene infatti eliminata solo in parte⁽⁹¹⁾.

Si va concludendo, in questi anni, il grande dibattito sulle idee morali che, lo abbiamo accennato, caratterizza l'ultimo decennio del Settecento tedesco soprattutto per la presenza innovativa della filosofia kantiana: l'orientamento complessivo, dalla svolta di fine secolo, è quello di inserire gli individui e la loro 'moralità' in prospettive più ampie che trascendono i singoli, si tratti della religione (come è il caso di Fichte), della società, dello stato o della storia. Si è parlato giustamente, a questo proposito di una « crisi della filosofia morale », una crisi alla quale anche l'idea kantiana della autonomia non può certo sottrarsi⁽⁹²⁾.

Se in Fichte, soprattutto nell'ultima fase della sua riflessione, l'individualità corre il rischio di essere riassorbita nella beatitudine della congiunzione con « la vita eterna » mettendo a prova la stessa sua sussistenza — la sussistenza insomma della sua *Selbständigkeit* come singolo — l'intento dello Hegel maturo è riconoscere, di

⁽⁹⁰⁾ G.W.F. HEGEL, *Werke*, a cura di E. Moldenhauer e K.M. Michel, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986, Bd. I, p. 323.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁹²⁾ C. CESA, *La crisi della filosofia morale*, in ID., *J.G. Fichte e l'idealismo trascendentale*, cit., pp. 235-246.

quell'individualità, i diritti, anche come espressione del 'punto di vista morale', di una moralità della quale va riconosciuto il valore insieme con le altre caratteristiche dell'individualità moderna, a patto che non si pretenda di assolutizzarla contrapponendola a contesti più ampi e sovraordinati.

Il principio della autonomia della ragione è considerato con attenzione da Hegel, che lo prende in esame nei suoi diversi aspetti. Sul piano del 'punto di vista morale', che è il punto di vista della moralità individuale, Hegel riconosce pienamente l'acquisizione kantiana, anzi: in uno dei non molti passi nei quali si serve esplicitamente del termine *Autonomie*, egli riconosce il valore innovativo e rivoluzionario della « pura incondizionata autodeterminazione della volontà, autodeterminazione intesa come la radice del dovere, al modo in verità che la conoscenza della volontà ha acquistato soltanto grazie alla filosofia *kantiana* il suo stabile fondamento e punto di partenza grazie al pensiero dell'autonomia infinita della volontà » (93). Si tratta, in fondo, della espressione più adeguata di quel principio della particolarità soggettiva che costituisce il tratto distintivo del mondo moderno rispetto al mondo antico, e che è stato inaugurato dal grande movimento storico del cristianesimo (94). Va ricordato che Hegel sottolinea sempre l'importanza di questo aspetto, anche se esso non può certo essere considerato l'elemento conclusivo: si tratta di un punto di vista legittimo, da conservare, ma intrinsecamente limitato, che deve essere superato e integrato in un altro punto di vista e su un altro terreno, che è quello della *eticità* del tessuto istituzionale e sociale, dove la stessa moralità trova il suo inveramento e la sua realizzazione.

Detto questo, anche per Hegel la sintesi, in un senso non scolastico, va individuata ad un livello superiore, che è il livello della filosofia e della ragione che comprende se stessa: se si vuole, sul piano metafisico. E questo è il più profondo e vero merito storico della filosofia di Kant: « L'effetto principale della filosofia kantiana... Il principio dell'indipendenza della ragione, della sua assoluta autosufficienza (*Selbständigkeit*) in sé, va ormai considerato come principio universale della filosofia, come uno dei pregiudizi dell'epo-

(93) HEGEL, *Werke*, cit., Bd. 7, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 135 A.

(94) Ivi, §§ 124, 185 e *passim*.

ca »⁽⁹⁵⁾. Verrebbe da dire che nel mutare della *Autonomie* in *Selbständigkeit* non si dà solo il mutamento da una filosofia pratica fondata prevalentemente sulla norma — erede quindi della tradizione del diritto naturale sei-settecentesco — ad una fondata sulla considerazione delle singole, *selbständige* componenti di quadri sociali, politici e metafisici più ampi e più complessi. Ciò che è *selbständig*, ‘autonomo’ nel senso del per sé stante, separato — il senso che la ‘autonomia’ ha ormai assunto e che non è più legato all’idea della norma dell’agire — è infatti, nella prospettiva di Hegel, per sua natura limitato, come limitata è la prospettiva che in esso si esaurisca. Autonome in questo senso sono tutte le componenti della realtà, che non possono che essere parziali e autonome finché non vengano inserite in relazioni e in contesti più complessi e perciò più concreti, e ridotte quindi, direbbe Hegel, a *Momente*. E allora davvero autonomo è soltanto il processo dell’intero, inteso, naturalmente, in senso metafisico: un ennesimo aspetto, insomma, della ‘crisi della filosofia morale’ e del suo esito.

⁽⁹⁵⁾ HEGEL, *Werke*, cit., Bd.8, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, § 60 A.

Autonomia e amministrazione

LUCA MANNORI

‘AUTONOMIA’. FORTUNA DI UN LEMMA
NEL VOCABOLARIO DELLE LIBERTÀ LOCALI
TRA FRANCIA ED ITALIA

1. Posizione del problema e antefatto tedesco. — 2. La comparsa del lemma in area franco-italiana. — 3. Il percorso francese: il trionfo di ‘décentralisation’. — 4. Sul versante italiano: ascesa e declino di ‘autonomia’ dal 1848 alla svolta romaniana. — 5. Ancora in Italia: dal primo Novecento alla ‘Repubblica delle autonomie’. — 6. Gli itinerari del presente: quale futuro per ‘autonomia’ nello scenario dell’‘arena pubblica’?

L’esercizio di storia linguistica che qui proponiamo può suscitare subito qualche perplessità in chi ci legge: e ciò per la scelta di avvicinare tra loro due esperienze che non potrebbero essere più lontane l’una dall’altra dal punto di vista dell’oggetto studiato. Se infatti la nozione di autonomia, come tutti sanno, ha rivestito e riveste un rilievo notevole nel discorso amministrativo e costituzionale italiano circa la forma di Stato, quasi nullo è stato il suo utilizzo da parte di una giuspubblicistica francese, che per affrontare lo stesso ordine di questioni si è affidata a concetti differenti. La nostra indagine, pur convalidando in pieno questa diversità di percorsi e concentrandosi perciò essenzialmente sul versante italiano, ha voluto però lo stesso lasciare un certo spazio alla vicenda d’oltralpe, nella consapevolezza che proprio la sua radicale diversità (a fronte di un impianto istituzionale mantenutosi a lungo molto simile nei due paesi) permetta d’inquadrare meglio alcuni caratteri del nostro ‘autonomismo’. Non meno utile, ovviamente, sarebbe stato allargare l’analisi ad ulteriori esperienze appartenenti al medesimo ceppo napoleonico, come quella spagnola o belga, che però in questa sede non è stato possibile considerare.

Nelle pagine che seguono cercheremo dunque di capire anzi-

tutto come e quando il termine ‘autonomia’ sia entrato nel linguaggio politico franco-italiano, per poi seguirne le vicissitudini nei due paesi in rapporto alle altre nozioni proprie del medesimo campo concettuale.

1. *Posizione del problema e antefatto tedesco.*

Una lunga consuetudine storiografica ci ha abituato a guardare allo scenario della premodernità come ad una specie di regno delle ‘autonomie’. Che si parli di fonti giuridiche, di organizzazione del territorio, di istituzioni cittadine, economiche o religiose, ‘autonomia’ è una delle parole certo più usate dagli storici per esprimere quella natura composita delle strutture politiche pre- e proto-moderne che ne differenzia così profondamente la fisionomia rispetto al profilo dello Stato contemporaneo ⁽¹⁾. E tuttavia, questo passato così a lungo e così ostinatamente ‘autonomista’ non sapeva, per così dire, di esserlo: e ciò per l’ottima ragione che il lemma corrispondente era largamente sconosciuto al suo lessico politico.

Il vocabolo, si sa, è presente nelle fonti greche (soprattutto di carattere storiografico) dal V secolo in poi, per indicare una relazione tra due città che non è più di alleanza paritaria, ma non è ancora di univoca sovranità/sudditanza. ‘Autonoma’ è, per i greci, una città che ha perso la sua ‘ἐλευθερία’ — condizione, questa, di carattere originario e naturale — per subordinarsi ad un’altra mediante un vincolo di carattere convenzionale e perpetuo: vincolo che però, grazie al riconoscimento del proprio superiore, non estingue la sua identità e che le permette di continuare a mantenere un ordinamento e un governo propri ⁽²⁾. Molto utile, quindi, per rappresentare qualsiasi situazione di corpi inclusi gli uni negli altri, il lemma sembra costituire (proprio nella sua strutturale ambivalenza) un

(1) All’analisi di questo uso storiografico dell’espressione è dedicato tutto il saggio di Pietro Costa in questo stesso volume, a cui rinviamo.

(2) G. TENEKIDES, *La notion juridique d’indépendance et la tradition hellénique. Autonomie et fédéralisme aux Ve et IVe siècles*, Athènes, Institut français, 1954, passim; E.J. BICKERMANN, *Autonomie. Sur un passage de Thucydide (I, 144, 2)*, in «Revue internationale de droits de l’antiquité», 3e. série, V (1958), pp. 314-344; M. OSTWALD, *Autonomia: Its Genesis and Early History*, American Phil. Ass., Scholars Press, 1982.

segno linguistico prezioso per chi si trovi a descrivere e ad interpretare un panorama come quello dell'Europa occidentale fra basso medioevo e prima età moderna, in cui rapporti di questo tipo stanno ovunque alla base degli ordinamenti politici.

Il fatto è, però, che il nostro termine è completamente estraneo alla compilazione giustiniana su cui si basa tutto l'edificio del diritto medievale, ed è anche scarsamente presente nelle altre fonti latine (le poche ricorrenze significative si incontrano in Cicerone, che comunque, oltre a scrivere la parola in greco, continua ad usarla con esclusivo riferimento ai rapporti politici vigenti tra Roma e le città della penisola ellenica). Pur condividendo, infatti, con la cultura greca una rappresentazione dello spazio politico a base pluricittadina, il mondo romano dispone di una terminologia sua propria per descrivere le relazioni tra centri egemoni e territori sottoposti, gravitante soprattutto attorno alla nozione di *foedus* e alle sue varie tipologie ⁽³⁾.

Questo quadro, ovviamente, in parte muta con la riscoperta quattrocentesca della lingua e della letteratura greca, come dimostrano tutti i dizionari correlativi, che registrano correntemente la nostra voce con la definizione « *libertas vivendi propriis legibus* » o « *suo iure* » ⁽⁴⁾. E tuttavia, per molto tempo l'unica esperienza europea capace di cogliere almeno alcune delle potenzialità implicite nella parola, appropriandosene ai fini di un uso non meramente retrospettivo, sembra essere stata quella germanica. Anche qui, del resto, a stimolare un primo recupero del termine non fu tanto una sua possibile applicazione all'ambito del pluralismo politico-territoriale quanto la crisi religiosa dell'Impero, che pose l'esigenza

⁽³⁾ Per una panoramica su queste modalità relazionali, basti qui il rinvio a U. LAFFI, *Colonie e municipi nello Stato romano*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2007, nonché, per i rapporti politici tra Roma e i popoli greci e del vicino Oriente, agli atti del convegno *Τό πάντων μέγιστον φιλόθροωπον. Città e popoli liberi nell'imperium Romanum*, in « *Mediterraneo antico* », II (1999), nn. 1 e 2.

⁽⁴⁾ Cfr. ad es. I. CRASTONUS, *Dictionarium graecum copiosissimum...*, Venetiis, Manutius, 1497, c.25r. o il *Dictionarium graecum ultra ferrariensem editionem locupletatum*, Basileae, s.e., 1519, p. 28 (che registrano anche l'aggettivo 'αὐτόνομος' come « qui vivit suis legibus »). La definizione continuerà ad essere recepita senza sostanziali variazioni anche dai dizionari successivi (ad es. K. SCHREVEL, *Lexicon manuale graecolatinum et latino-graecum*, Patavii, Manfrè, 1715, p. 139).

di trovare un concetto capace di rendere compatibile l'esistenza delle varie confessioni in esso ormai presenti con la sua persistente vocazione unitaria. A partire dalla pace di Augusta, in effetti, che riconosceva il diritto dei principi tedeschi a professare il credo luterano, nacque il problema di capire se questa dispensa (« Freystellung ») dall'osservanza del cattolicesimo avesse carattere in qualche modo generale o corrispondesse soltanto ad una deroga eccezionale, imposta dalle circostanze, alla pratica dell'unica fede su cui l'Impero avrebbe dovuto continuare a fondarsi. Fu proprio un fautore di quest'ultima posizione — il giurista cattolico Andreas Erstenberger, membro del *Reichshofrat* — a riesumare per la prima volta, nel 1586, il nostro vocabolo per tradurre appunto il tedesco « Freystellung », sostenendo che esso fosse ben più adatto del latino « libertas » ad esprimere il senso circoscritto del beneficio che l'Imperatore aveva inteso conferire ai propri sudditi (5). Ne nacque una interminabile *querelle*: nel corso della quale, se per i cattolici e ancora per molti luterani 'autonomia' continuò ad esprimere il concetto di una più o meno limitata concessione a carattere convenzionale (6), per le frange più avanzate del movimento protestante

(5) Il contributo in discorso fu pubblicato, dopo la morte dell'autore e sotto pseudonimo, col titolo: F. BURGARDUS, *De Autonomia, das ist von Freystellung mebrerlay Religion und Glauben*, München, 1586. Per un commento al testo, M. HECKEL, *Autonomia und Pacis compositio. Das Augsburger Religionsfriede in der Deutung der Gegenreformation* (1959), ora in Id., *Gesammelte Schriften. Staat, Kirche, Recht, Geschichte*, Bd. I, Tübingen, Mohr, 1989, spec. pp. 1-11; R. POHLMANN, *Autonomie*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel, Schwabe & C., 1971, coll. 701-702 (con un'attenzione specifica all'uso del lemma); R.P. FUCHS, *From pluralization to true belief? An Austrian Treatise on Religious Freedom*, in *Representing Religious Pluralization in Early Modern Europe*, ed. by A. Höferle, S. Laqué, E. Ruge, G. Schmidt, Berlin, Verlag, 2007, pp. 117-120.

(6) Così, per es., il gesuita Paul Laymann, che in un celebre trattato pubblicato durante la guerra dei Trent'anni accusava i « confessionistae » d'intendere l'autonomia come una inconcepibile « libertas sectarum » (*Pacis compositio inter principes et ordines Imperii Romani Catholicos et Augustanae Confessionis adhaerentes*, Dilingae, Sutor, 1629, p. 578), laddove invece — proseguiva anni dopo il savoiaro Antoine Favre — l'etimo stesso del vocabolo, lungi dall'evocare una « soluta legibus, et quicquid, cuique libet, facienda potestas », richiamava una ben limitata « libertas suis legibus vivendi » all'interno di un ordine dato (A. FAVRE, *Tractatus theologico-juridico-politicus de religione in Republica*, Francofurti et Lipsiae, Freyschmidii, 1665, p. 220). Per una concorde testimonianza di parte protestante, J.A. OSIANDER, *De iure circa sacra, et in specie de iure*

essa cominciò invece ad evocare, specie dopo il 1648, una « licentia credendi » ricognitiva di una naturale « Gewissens-Freyheit ». Nel corso del Settecento, così, la parola si distaccò definitivamente dal suo significato cinquecentesco, per indicare piuttosto, come scrive il canonista Jacob Zallinger, uno « ius cuiusque... ab aliorum hominum iudicio et arbitrio independens sentiendi de religione, ut cuique videtur » (7) e porre così le premesse per quel suo ingresso nel lessico della filosofia pratica che si sarebbe consumato con Kant.

D'altra parte, questa importante diffusione del termine nell'ambito del diritto ecclesiastico non si accompagnò per molto tempo, anche in Germania, ad una sua altrettanto significativa recezione da parte del linguaggio propriamente politico. Per quanto, infatti, nel corso del Seicento non manchino, fin da Altusio, testimonianze di una applicazione di 'autonomia' alle relazioni tra corpi territoriali di vario livello, esse ricorrono in modo abbastanza sporadico e non sostenuto da una riflessione teorica ben definita (8).

reformandi, Tübingae, Reisii, 1682, p. 20: « autonomia enim non hoc ius inducit, quod promiscue variae religiones et sectae tolerandae sint, ut id, quod vano quisque spiritu concepit..., sed hoc tantum, quo exigente necessitate, plures in republica tolerari possint religiones, dummodo veram non impediunt ».

(7) J. ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis et ecclesiastici publici libri*, Augustae Vindelicorum, Riger, 1784, p. 165. Ancora nel pieno Settecento, comunque, vi era chi osteggiava apertamente questo modo d'intendere la nozione (cfr. per es. J.M. BAUER-MÜLLER, *Vera religionis libertas in tritico per zizania non suffocando vindicata*, Wirburg, Kleier, 1746, p. 16: « Autonomia, nomen ex Hellade mutuatum, et ante Lutheri Calvinique tempore inaudito in Imperio Romano-germanico, in genere libertatem dicit, vel licentiam potius agendi credendique quod lubet... Debet infausta haec soboles, unitatis fidei exterminatrix..., schismatum foecunda parens..., discordiarum civilium nutrix ..., natales suos illis saeculi decimi sexti novatoribus »).

(8) Per Altusio, in particolare, « autonomia » è uno degli attributi che può connotare lo status di una città sottoposta ad un *superior*, ma promiscuamente allo « ius territorii » e all'« usus regalium » e senza che egli enunci esattamente la differenza tra queste tre posizioni (*Politica*, VI, 41, sul quale cfr. il saggio di Corrado Malandrino in questo stesso volume). Certamente, però, nel corso del tempo vi è una progressiva diffusione nell'uso del termine, se è vero per es. che quasi un secolo dopo un noto giurista dell'*usus modernus*, affrontando l'antica questione della validità di uno statuto cittadino rispetto alla legge del principe, la risolve distinguendo « an civitas, quae statutum condidit, habeat generatim *αὐτονομία* et ius condendi, aut non », poiché « si statutum iure *αὐτονομίας* conditum est, tum valet vi generalis concessionis » e non richiede alcuna approvazione specifica da parte del sovrano (J. SCHILTER, *Praxis iuris*

Perché questo impiego del termine cominci ad acquistare una sua organicità e compiutezza (complici i progressi delle ricerche storico-antiquarie, che nel frattempo hanno messo a disposizione tutta una campionatura delle varie autonomie del mondo antico ⁽⁹⁾) occorre attendere il 1720, quando il giurista prussiano Heinrich Coccejus pubblica la sua *Autonomia iuris gentium* ⁽¹⁰⁾, gettando le basi di una prima teoria complessiva dell'autonomia politica. Autorevole studioso della costituzione imperiale tedesca ⁽¹¹⁾, Coccejus recupera il concetto originario di autonomia proprio delle fonti greche e, dopo averlo promosso a categoria generale dello « ius gentium » sovrascrivendolo ai vari termini con cui erano state per l'avanti indicate relazioni del medesimo tipo ⁽¹²⁾, lo applica appunto alla struttura dell'organismo politico che più gli sta a cuore, quella del *Reich*. L'idea centrale è che nel seno di quest'ultimo, accanto alle città e ai territori sottoposti ad una piena sudditanza (*immediate subiecti*), ve ne siano anche molti altri (anzi, tendenzialmente prevalenti ⁽¹³⁾) ammessi a godere di un « privilegium autonomiae » che li configura come altrettanti « populi liberi » — qualifica, questa di « liberi », che spetta ad essi esattamente come alle *civitates* che godono di una piena indipendenza, dal momento che per qualsiasi popolo la « libertas » può ritenersi consistere nel « sua, non aliena lege, vive-

romani in foro germanico (1° ed. 1698), vol. I, Frankfurt-Leipzig, Boettinger, 1713, p. 18).

⁽⁹⁾ Cfr. per es. S. PTISICUS, *Lexicon antiquatum romanarum*, Venetiis, Balleoniana, 1719, t. I, *ad vocem*, che dedica ormai varie pagine a definire in specifico i contenuti dell'autonomia dei principali popoli sottoposti al governo di Roma.

⁽¹⁰⁾ H. VON COCCEJUS, *Autonomia juris gentium sive de discrimine civitatis mediatae et immediatae, liberae et non liberae*, Francofurti ad Viadrum, Conrad, 1720.

⁽¹¹⁾ M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, I, *Pubblicistica dell'Impero e scienza della polizia, 1600-1800*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2008, pp. 306-307.

⁽¹²⁾ Egli distingue in particolare la condizione dei popoli ricompresi in un qualche dominio superiore in liberi, autonomi e pienamente sottoposti, riportando in sostanza alla 'nuova' terminologia greca la più tradizionale tripartizione romana tra « dediticii », « aequae foederati » e congiunti con una « inaequalis foederatio ».

⁽¹³⁾ L'autore infatti rimarca con forza come la condizione in genere di un popolo sottoposto senza condizioni non sia « nec tuta, nec honesta nec satis humana » e che « maxime hodie inter christianos » il modello-tipo dell'assoggettamento debba considerarsi quello accompagnato dalla concessione del « beneficium autonomiae » (COCCEJUS, *Autonomia*, cit., p. 225).

re » (14). L'operazione permette così di recuperare l'Impero ad un vastissimo orizzonte di ordinamenti, tanto antichi che medievali, a carattere ugualmente federativo, che nel corso della storia hanno individuato la loro ragion d'essere proprio nel mantenere la libertà delle loro singole parti: col risultato di rilegittimare quello che da molti e ormai da molto tempo era considerato come un « corpus monstruosum » in avanzato stato di disfacimento.

All'altezza del pieno Settecento, quindi, il lemma ha acquisito in Germania una sua piena visibilità (anche se è ancora difficile presagire che esso diventerà di lì a poco uno dei termini-cardine del vocabolario filosofico). La Riforma lo ha tratto dall'oscurità; il dibattito sulla libertà religiosa gli ha conferito una dignità valoriale nuova e più marcata rispetto a quella che aveva originariamente; e mentre anche la filosofia del diritto si appresta ad impossessarsene per gettare le basi della futura autonomia privata ottocentesca (15), esso è ormai entrato nel linguaggio giuspubblicistico per indicare tutte quelle situazioni in cui un « corpus reipublicae », pur entrato a far parte di un organismo più ampio, « manet tamen [...] a republica victoris distinctum et divisum, sed ita ei aggregatum ut summum eius imperium in se agnoscat » (16).

Se spostiamo però lo sguardo sul resto dell'Europa, è facile accorgersi di come qui, ancora nella prima metà del XVIII secolo, la nostra nozione fosse in genere assolutamente sconosciuta. Familiare tutt'al più agli epigrafisti e agli studiosi di numismatica antica — che vi si imbattevano continuamente studiando i loro reperti —, essa rimaneva ai margini del bagaglio concettuale tanto degli uomini di legge quanto della generalità degli storici. Gli uni e gli altri, in effetti, pur senza sosta chiamati a confrontarsi con formazioni politico-statali costituite da grandi piramidi di comunità intermedie, a lungo non avvertirono il bisogno di una categoria linguistica che

(14) Ivi, p. 39.

(15) Cfr. il contributo di JOHANN CHRISTIAN MAJER, *Autonomie, vornehmlich des Fürsten- und unmittelbaren Adelstandes im Römischen deutschen Reiche*, Tübingen, Heerbrands, 1782, che per la prima volta introduce il nostro concetto non solo come attributo di entità collettive, politiche e non, ma anche di soggetti individuali: POHLMANN, *Autonomie*, cit., coll. 704-5.

(16) COCCEJUS, *Autonomia*, cit., p. 225.

esprimesse in termini generali il nucleo centrale di quello che è per noi oggi l'autonomia politica — la capacità, cioè, di un gruppo collettivo di stare e di funzionare per sé, indipendentemente dalle organizzazioni di livello superiore in cui si trova inglobato. Una capacità del genere, in realtà, quegli studiosi la trovavano già implicitamente contenuta in nozioni quali quelle di 'corpo', 'comunità', 'universitas' e simili: ognuna delle quali veicolava l'idea di una strutturale predisposizione alla libertà (17).

La différence de la famille aux corps et collèges — notava per tutti Jean Bodin, riassumendo qui una percezione di comune dominio —, et de ceux-cy à la République, est telle que du tout à ses parties: car la communauté de plusieurs chefs de famille, ou d'un village, ou d'une ville, ou d'une contrée, peut être sans République aussi bien que la République sans collègue (18).

Per chi ragionava in base a un « modello aristotelico » dell'ordine (19), in cui ciascuna collettività si poneva come il prodotto dell'unione di quelle inferiori, ogni corpo era autosufficiente per antonomasia. La sua 'autonomia' si riduceva senza residui a quel « droit de communauté légitime » (20) che gli spettava in ragione del suo semplice esistere naturale. E se, certo, erano stati poi messi a punto interi codici linguistici per rappresentare la gerarchia interna del mondo corporativo, essi servivano essenzialmente a graduare tra i diversi gruppi la 'quantità' delle varie potestà (coattive, giudiziarie, normative, fiscali e via dicendo) di cui ciascuno di essi era naturalmente capace in rapporto alle istanze superiori e inferiori.

Si può allora ipotizzare che lo spazio per una affermazione di 'autonomia' nel linguaggio politico-amministrativo cominci a dischiudersi proprio quando questa immagine naturalmente plurale della convivenza inizia a cedere di fronte ad un'altra che, antepo- nendo il tutto alle parti, crea una cornice presuntivamente sfavore- vole alle società intermedie e genera così, per riflesso, l'esigenza di rafforzare il polo del 'locale' contro l'incombenza dei livelli supe-

(17) Così in sostanza Pietro Costa, nel suo saggio in questo stesso volume, § 2.

(18) J. BODIN, *Les six livres de la République* (1576), Lyon, Vincent, 1593, p. 474.

(19) N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, a cura di L. Firpo, vol. IV, t. I, *L'età moderna*, Torino, 1980, p. 512 e ss.

(20) BODIN, *République*, cit., p. 474.

riori. Ciò potrebbe sciogliere il relativo paradosso per cui un lemma almeno in apparenza così congeniale alla mentalità pre-moderna si sia affermato davvero solo nel corso di un Ottocento in cui le ‘vere’ autonomie erano divenute poco più che un ricordo. ‘Autonomia’ si configurerebbe insomma come una tipica voce di quel « vocabolario della modernità » (21), a carattere ormai decisamente individualista, nel quale anche i linguaggi della conservazione e della nostalgia denunciano una matrice non meno innovativa rispetto a quelli programmaticamente discontinuisti.

2. *La comparsa del lemma in area franco-italiana.*

L’analisi dell’esperienza italiana sembra confortare, almeno fino a un certo punto, una lettura del genere. Nel nostro paese, in effetti, occorre attendere i primi presagi riformatori settecenteschi per imbattersi in un termine fin lì del tutto estraneo al linguaggio — non solo giuspolitico, ma anche storico, ecclesiastico e filosofico — della penisola. Al di fuori, in effetti, dei testi di Tucidide, Strabone o Erodoto, un lettore italiano d’antico regime aveva occasione d’incrociare il nostro lemma solo scorrendo, su qualche gazzetta, la cronaca delle controversie confessionali tedesche (dove peraltro la pretesa « autonomia dei sudditi, o libertà di coscienza », rivendicata dai protestanti era presentata in una luce ben poco favorevole (22)), oppure sfogliando contributi di stretta antiquaria (23); mentre ancor meno familiare ai nostri doveva riuscire quella pubblicistica sul Sacro Romano Impero a cui soprattutto è da imputarsi, come si è visto, il rilancio politico dell’espressione, ma che poco aveva da dire

(21) R. KOSELLECK, *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*, con introduzione e a cura di L. Scuccimarra, Bologna, il Mulino, 2009.

(22) Cfr. ad es. *Il Mercurio, ovvero historia de’ correnti tempi*, di Vittorio Siri, t. XII, Parigi, Mabre-Cramoisy, 1772, pp. 241 e 390.

(23) Tra i più circolanti da noi, E. SPANHEIM, *De praestantia et usu numismatum antiquorum* (1° ed. 1664) Londinii-Amstelaedami, Wetstenios, 1717 (il più organico nell’inquadare la nozione in Grecia e nel tardo antico: vol. I, pp. 683-685); J. VAILLANT, *Numismata aerea Imperatorum Augustarum et Caesarum* (1° ed. 1688), Amstelaedami, Gallet, 1700; E. NORIS, *Annus et epochae Syromacedonum in vetustis urbium Syrii nummis...*, Typis Magni Ducis ap. Conductam, 1689.

a un osservatore esterno al mondo germanico ⁽²⁴⁾. ‘Autonomia’, insomma, ancora a questa altezza, era una formula fossile, di cui non si conservava che un’immagine sfocata.

È solo con gli anni Trenta del Settecento che il vocabolo comincia ad affacciarsi nella nostra letteratura grazie ad alcuni autori di ambiente muratoriano, che la recuperano anzitutto nella sua valenza erudita. La vicenda si inquadra nell’ambito di quella rinnovata riflessione storico-giuridica circa il rapporto tra sovrani e territori stimolata dai primi processi di concentrazione istituzionale di cui l’Italia è testimone in questi anni — processi che spingono a recuperare antiche tradizioni di repubblicanesimo cittadino o ad interrogarsi circa i diritti delle ‘nazioni’ regionali sottostanti agli Stati in funzione difensiva rispetto alla crescita dei poteri centrali. A questo genere di cultura possiamo ascrivere anzitutto il marchese veronese Scipione Maffei che, allo stato dell’arte, sembrerebbe essere il primo italiano ad impiegare il nostro termine in una consapevole accezione politica nella sua *Verona Illustrata*, del 1732. Dedicata a delineare la storia istituzionale degli antichi Veneti dall’età preromana fino a Carlo Magno ⁽²⁵⁾, l’opera punta anzitutto ad indicare nella strategia espansiva di Roma antica un modello insuperato di saggezza politica, in controluce ancora valido per ridisegnare l’assetto di un sempre più fragile Stato veneto di Terraferma. La grandezza di Roma — sostiene in sostanza Maffei riecheggiando il primo Montesquieu — si era fondata su una strategia di dominio giocata tutta sull’accrescere il numero dei « sozii » piuttosto che quello dei sudditi e sullo sviluppo di un governo basato quindi sulla « tutela » dei propri « collegati » anziché su una loro assimilazione coatta. D’altra parte, prosegue il nostro autore, non tutti i popoli ricompresi in questa sorta di grande federazione godevano del medesimo status: come prova la *summa divisio* che i Romani (il

⁽²⁴⁾ Si tenga conto, in particolare, che l’autorevolezza e il grande sforzo erudito di Coccejus non erano stati comunque sufficienti a conferire una rilevanza davvero generale alla nozione in ambito internazionalistico, se è vero che essa continua a registrare pochissime ricorrenze in autori come Barbeyrac o Vattel.

⁽²⁵⁾ S. MAFFEI, *Verona illustrata*, Parte I, Verona, Vallarsì e Berno, 1732. Sulla genesi e sul contenuto dell’opera in breve G.P. ROMAGNANI, *Scipione Maffei, ad vocem*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 67, Roma, Treccani, 2007, pp. 302-310.

cui linguaggio viene qui omologato alla terminologia greca) ponevano tra gli 'ἐλεύθεροι' e gli 'αὐτόνομοι'. Secondo la tesi maffeiana « questi legali nomi non si usarono a caso, e promiscuamente dagli antichi ne' monumenti, o nelle leggi » (26), come spesso invece era stato ritenuto dai precedenti antiquari nell'assumere le due espressioni come una sorta di endiadi. Liberi erano infatti, tanto per i Greci che per i Romani, quei popoli che, pur soggetti ad un'altra città, si mantenevano del tutto esenti dalla giurisdizione di quest'ultima; mentre autonomi venivano chiamati quelli a cui era imposta la presenza di un magistrato giudicante di nomina centrale, e ai quali quindi era lasciato il solo privilegio di « litigare con le loro leggi » e di amministrarsi mediante propri rappresentanti (27). L'« autonomia » era dunque una forma minore di libertà, consistente nella conservazione di un proprio diritto locale; privilegio che i Romani accordavano ai loro sottoposti con una larghezza molto vicina a quella praticata dai sovrani odierni nei confronti delle comunità loro suddite (« a quante città oggi giorno si lasciano i loro statuti, che non per questo non son libere? » (28)). Alla fine, benché l'autore non giunga a sviluppare un parallelismo esplicito tra la Roma antica e la Venezia contemporanea, il libro tende a suggerire un rilancio di questo antico modello di governo così congeniale ad uno Stato di città come quello della Serenissima: anche se altrove egli raccomanderà di integrarlo attraverso l'impianto di un sistema rappresentativo, che permetta ai centri della Terraferma di portare la propria voce negli organismi della Dominante, secondo quel modello 'inglese' di cui purtroppo i Romani non erano riusciti a presentire il funzionamento (29).

(26) MAFFEI, *Verona*, cit., p. 86.

(27) *Ibidem*.

(28) *Ivi*, p. 87. Queste distinzioni erano già state prefigurate dall'autore alcuni anni prima in un inedito pubblicato solo di recente — *Del governo de' Romani nelle provincie*, ora con introduzione e a cura di G. Ramilli, Verona, Accademia di agricoltura, scienze e lettere, 1977 —, nel quale peraltro il termine 'autonomia' non ricorre ancora.

(29) Quest'ultimo spunto sarà poi svolto da Maffei nel celebre *Consiglio politico*, redatto nel 1736 ma pubblicato soltanto nel '97: E. PII, *Il "Consiglio politico" di Scipione Maffei: una proposta di riforma politica attraverso il sistema rappresentativo*, in *Assemblee di Stati e istituzioni rappresentative nella storia del pensiero politico moderno (secoli XV-XX)*, in « Annali della Facoltà di scienze politiche dell'Università di Perugia », XIX

Queste pagine maffeiiane trovano un'eco importante, alcuni anni dopo, in un'opera giuridica di rilievo certamente non minore — il *De ortu et progressu iuris mediolanensis*, pubblicata nel 1747 da Gabriele Verri, noto giurista milanese di orientamento conservatore⁽³⁰⁾. Seriamente preoccupato dall'impatto che le riforme teresiane stanno producendo sull'impianto del vecchio Ducato, Verri cerca di dimostrare l'esistenza di un originario diritto 'insubrico' risalente all'età preromana, che i vari padroni succedutisi nel corso dei secoli in Lombardia avrebbero sempre rispettato proprio perché espressione di una terra riconosciuta fin dall'origine come « provincia autonoma ». Polemizzando con Muratori, che aveva fissato l'origine del diritto territoriale lombardo nella Pace di Costanza del 1183, l'autore sostiene invece che esso è infinitamente più antico e per sua natura diverso dalla sommatoria dei singoli statuti delle città lombarde. Prima, e al di sotto dei vari diritti urbani medievali starebbe infatti uno spesso sostrato di consuetudini comuni sussidiariamente valide per tutta la regione e sostanzialmente corrispondenti al diritto scritto della città di Milano, « caput » naturale di tutta l'area. Riprendendo la distinzione di Maffei, Verri sostiene in sostanza che, se gli « Insubri » hanno perduto la loro « libertas » fin dall'epoca della conquista romana, hanno però conservato una « autonomia » che garantisce loro il diritto di « proprios magistratus habere propriisque legibus vivere »⁽³¹⁾; e giunge anzi (citando Strabone) a stabilire l'assioma per cui « autonomiam a libertate ita distingui, ut qui hac destituti essent, eam servarent », giacché fin dall'antichità risulta chiaramente che tutte le città « quae in provinciae formam

(1982-83), pp. 345-358; ID., *Immagini dell'Inghilterra politica nella cultura italiana del primo Settecento*, Firenze 1984, pp. 103-121.

⁽³⁰⁾ Per un inquadramento del personaggio ancora fondamentale F. VENTURI, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, Torino, Einaudi, 1969, pp. 651-2; dal punto di vista del pensiero giuridico, G. DI RENZO VILLATA, *Sembra che in genere... il mondo vada migliorando. Pietro Verri e la famiglia fra tradizione giuridica e innovazione*, in *Pietro Verri e il suo tempo*, a cura di C. Capra, Bologna, Cisalpino, 1999, pp. 147-270; EAD., *Tra ius nostrum e ius commune. Il diritto patrio nel Ducato di Milano*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. Birocchi e A. Mattone, Roma, Viella, 2006, spec. pp. 241-243.

⁽³¹⁾ G. VERRI, *De ortu et progressu iuris mediolanensis*, Mediolani, Malatesta, 1747, p. XXVIII.

redigebantur, etiamsi libertatem amisissent, tamen suis legibus nequaquam spoliatas fuisse » (32).

Comincia così a profilarsi l'esistenza di una nuova categoria, atta a descrivere una sorta di regime 'ordinario' di subordinazione di una periferia ad un centro, e basata sull'idea che per quanto la condizione del sottoposto possa essere assimilata a quella di un suddito, essa non giunge mai a cancellare un patrimonio giuridico locale in cui si esprime l'inalienabile identità di ogni territorio.

Questo è grosso modo il concetto ripreso e sviluppato di lì a poco, con gran lusso di erudizione, da un pubblicista torinese d'origine, ma francese di adozione, l'abate Ottaviano Guasco. È a questo collaboratore e *protégé* di Montesquieu che si deve infatti una lunga *Dissertation sur l'autonomie des villes et des peuples soumis à une puissance étrangère* (33), data alle stampe nel 1748 e tradotta in italiano nel '51 (34). Pur senza segnalarsi per un particolare acume teorico, il contributo è notevole nel suo proporre per la prima volta all'attenzione del pubblico franco-italiano un quadro generale dell'autonomia antica, costruito attraverso un minuzioso esame a tutto campo delle fonti classiche che marca uno scarto rispetto all'impiego ancora incidentale della nozione in Maffei e in Verri. Offrendo una attenta recensione critica di tutti gli autori greci in cui ricorre il termine, Guasco punta ad attribuire al concetto una sua precisa dignità scientifica, dilatandone al tempo stesso lo spettro di riferimento dalla civiltà greca a tutti i popoli e le « nazioni » del mondo antico, conoscessero o meno l'uso della parola. Non sappiamo se l'autore abbia attinto direttamente alla mai citata *Autonomia* di Coccejus, di cui comunque egli sembra calcare in alcuni passaggi le orme. Certo è che, con Guasco, il vocabolo tende ormai ad assurgere al ruolo di descrittore principale delle relazioni politiche dell'anti-

(32) Ivi, p. XXXIII.

(33) L'opera (che qui citiamo dal volume miscelaneo O. GUASCO, *Dissertations historiques, politiques et littéraires*, Tournay, Varlé, 1756, vol. I, ove è riprodotta alle pp. 269-314) era stata redatta in occasione di un concorso indetto dalla *Académie des inscriptions* nel 1746: C. PRETI, *Ottaviano Guasco, ad vocem*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 60, Roma, Treccani, 2003, pp. 457-60.

(34) *Dissertazione sopra l'Autonomia de' popoli e delle città greche e latine*, in *Saggi di dissertazioni pubblicamente lette nell'Accademia di Cortona*, vol. V, Roma, Pallade, 1751, p. 113 e ss.

chità e ad essere applicato tranquillamente, in particolare, all'esperienza della Roma repubblicana e imperiale, il cui grande successo storico viene ancora rinvenuto nella scelta di legare i popoli sottoposti con una serie di vincoli tipicamente 'autonomici'.

Il risultato è insomma quello di rimettere in circolo un lemma fino ad allora quasi completamente ignorato.

Evidenti sono peraltro anche i limiti di questo primo 'sdoganamento' del termine.

Anzitutto, l'autonomia dei nostri eruditi è una categoria essenzialmente retrospettiva. Circoscritta, nel caso di Guasco, al solo ambito dell'antichità, essa può essere estesa magari al medioevo (come per Verri e Maffei), ma non è ancora divenuta un concetto operativo di uso contemporaneo. Certo, la parola è tutta intrisa di valenze allusive. Non è difficile capire, per esempio, che quando Guasco contrappone la rigida semplicità degli Stati « *despotiques* », dove la legge è espressione di un'unica volontà, alla strutturale complessità costituzionale di quelli basati invece sul principio dell'autonomia ⁽³⁵⁾, egli assume una posizione precisa nel dibattito sui *corps intermédiaires* che sta infiammando la Francia dei suoi anni e che si riverbera anche su un'Italia sempre più stretta, da nord a sud, nella morsa dei nuovi assolutismi. È un fatto, comunque, che mentre nel linguaggio tedesco il nostro termine è, a questa altezza, ormai penetrato nel gergo legale, nell'Europa latina questo cammino dalla storia al diritto è appena iniziato.

In secondo luogo, poi, autonomia è nozione più appartenente al dominio del diritto internazionale che a quello del diritto interno. Conformemente al suo uso classico, essa fa parte ancora (come del resto in Germania) del vocabolario dei trattati e delle « *foederationes* » e si fatica a riferirla esplicitamente ai rapporti interni di Stati territoriali che, per quanto costituzionalmente composti nelle loro origini, come quelli italiani del centro-nord, tendono ormai a dichiararsi politicamente unitari.

Da ultimo, questa prima autonomia settecentesca, nel suo presentarsi esplicitamente come una variante indebolita della libertà degli antichi, non riesce ad esprimere un contenuto valoriale univo-

⁽³⁵⁾ *Dissertation*, cit., pp. 220-21.

co. Se in certi passaggi delle opere ora richiamate essa si accredita infatti come qualcosa di autentico e di costituzionalmente fondante, in altri finisce per presentarsi più come uno strattagemma funzionale ad un disegno di dominio che come un beneficio reale per coloro a cui è accordata. « Rien ne prouve tant l'amour des hommes pour la liberté, que les soins qu'ils ont eu de tout tems pour en conserver même les débris » — esordisce Guasco proprio all'inizio del suo trattato: l'autonomia essendo appunto l'involucro di questa « vaine illusion » di libertà per la cui difesa, pure, i popoli continuano a versare il loro sangue ⁽³⁶⁾. E anche per Scipione Maffei, se non per Verri, 'autonomia' evoca una specie di libertà adulterata, come quella di cui godevano i sudditi provinciali dell'antico Impero romano — condizione che il nostro autore contrappone alla vera « libertas » riconosciuta invece a tutti i popoli italici, che avendo conservato la facoltà di eleggersi i propri magistrati non erano affatto autonomi, ma pienamente liberi ⁽³⁷⁾. Il termine, insomma, sconta ancora in modo pesante, in questa prima fase del suo cammino, quella ambivalenza che esso si porta dietro dall'antichità ⁽³⁸⁾. Per quanto ricco e invitante possa essere il contenuto di una qualsiasi 'autonomia', esso si colloca sempre sullo sfondo di un rapporto di dipendenza che fa della condizione corrispondente qualcosa di irriducibile alla dimensione di una piena libertà (e non è un caso che proprio sul rapporto « Eleutherie/Autonomie » sia intervenuto Montesquieu commentando il libro di Guasco e chiedendo al suo *protégé* di chiarire meglio la differenza tra i due termini ⁽³⁹⁾).

⁽³⁶⁾ Ivi, pp. 269-70.

⁽³⁷⁾ Un certo ruolo in questa declassazione qualitativa del termine è probabilmente giocato da uno dei pochi luoghi della letteratura latina in cui ricorre il nostro termine: una epistola di Cicerone, cioè, in cui si compiangono i Greci, ora sottomessi a Roma, per la gioia puerile che essi manifestano nel potersi valere di giudici non-romani (« Graeci vero exultant quod peregriniis iudicibus utuntur. 'Nugatoribus quidem' inquires. Quid refert? Si se *αὐτονομίαν* adeptos putant »: *Ad Atticum*, VI, I, 15). Il passo è richiamato con un certo rilievo sia da Maffei che da Guasco.

⁽³⁸⁾ BICKERMANN, *Autonomia*, cit., p. 327: « la subordination est toujours présente sur l'arrière-plan mental de l'autonomie ».

⁽³⁹⁾ Così nella *Lettre de M. de Montesquieu à l'auteur au sujet de la dissertation sur l'Autonomie*, pubblicata in appendice alla stessa opera di GUASCO, cit., pp. 281-284. La risposta dell'autore — interessante dal punto di vista filologico, ma poco significativa

Per tutte queste ragioni, nei decenni successivi la nostra espressione, pur conoscendo una diffusione maggiore rispetto allo zero del periodo precedente, non riesce a forzare i confini di un uso erudito o tutt'al più giuridico-casuistico, confermando per il resto i limiti concettuali già richiamati. Per quanto riguarda l'area italiana, occorrenze significative (ma sempre occasionali) di un impiego del primo tipo si trovano ad esempio in Francesco Algarotti (40), in Isidoro Alessi (41), in Ferdinando Galiani (42), in Guido Antonio Zanetti (43); mentre il fatto che un crescente numero di storici e di giuristi locali, variamente impegnati a valorizzare gli antichi diritti delle loro terre, si richiamino alla nozione per evocare una condizione privilegiata di carattere specifico (44), non basta ad innescare

in rapporto ad una eventuale attualizzazione del termine — fu che, nel gergo tecnico delle relazioni tra città, sia in Grecia che a Roma le due parole avevano un significato molto affine, poiché anche *libertas/ἐλευθερία* sottendeva un rapporto di precisa subordinazione ad un popolo dominante, relazione che nulla aveva a che fare con l'indipendenza politica (ivi, pp. 289-290).

(40) Secondo il quale i romani « mandavano colonie nelle soggiogate provincie, e insieme coll'autonomia lasciavano loro una immagine di libertà » (F. ALGAROTTI, *Raccolta inedita di pensieri diversi sopra materie filosofiche e filologiche*, in *Opere del Conte Algarotti etc.*, vol. VII, Livorno, Coltellini, 1765, p. 167).

(41) « L'autonomia, o sia libertà di vivere colle leggi proprie, fu da lui [Cicerone proconsole] accordata alle diocesi della sua provincia » (I. ALESSI, *Ricerche storico-critiche delle antichità di Este*, Padova, Penada, 1776, pt. I, p. 77).

(42) Che osserva *en passant* come « sonosi talvolta pagati tributi da' popoli [...] per ottenere la concessione dell'autonomia » (F. GALIANI, *De' doveri de' principi neutrali verso i principi guerreggianti*, Napoli, s.e., 1782, vol. II, p. 104 n.).

(43) Il quale, riferendosi alle città italiane dell'età comunale durante le lotte contro l'Impero, le avvicinava a « quelle dell'antica Grecia, le quali, avvisandosi d'aver acquistata la libertà sotto i Romani, ne esultarono, tuttoché questa vana fosse, ed illusoria, e fecero batter moneta col titolo della loro immaginata *autonomia* » (G.A. ZANETTI, *Della moneta veronese*, in ID., *Nuova raccolta delle monete e zecche d'Italia*, t. IV, Bologna, Dalla Volpe, 1776, p. 225).

(44) Questi sembrano, a dire il vero, gli usi per noi forse più interessanti del termine, proprio perché sganciati da ogni riferimento 'internazionalistico' e calati in una dimensione pratico-giuridica che si sta evidentemente familiarizzando con la parola. Cfr. per es. il toscano Lorenzo Guazzesi (per il quale non c'è dubbio che « i cortonesi abbiano goduto sempre una perfetta Autonomia, e che non siano stati soggetti mai al Vescovo d'Arezzo »: *Dell'antico dominio del Vescovo di Arezzo in Cortona*, in L. GUAZZESI, *Tutte le opere*, Pisa, Pizzorno, 1766, t. II, p. 123 n.) o ancora il giurista casentinese Migliorotto Maccioni (« può il principe concedere l'Autonomia riferibile alle più estese

una riflessione di qualche spessore attorno al nostro concetto. Ciò che si registra, in sostanza, è solo l'autonomia di questo o quel luogo, non un'autonomia più generale capace di esprimere in qualche modo uno statuto ordinario del territorio.

Ancora più magro è il bilancio con cui va a chiudersi l'antico regime francese. Se Montesquieu conobbe di certo, come si è visto, la dissertazione di Guasco, egli non ne dovette ricavare stimoli significativi, visto che nell'*Esprit des lois* — dove pure, com'è noto, si dedica ampio spazio al tema delle federazioni — il termine non ricorre neppure una volta. E di scarso rilievo sembra essere stato il suo impiego anche in tutto il resto di una letteratura istituzionale che pure sviluppò in quei decenni un eccezionale interesse verso il tema delle articolazioni territoriali e del loro autogoverno. Per quella letteratura, autonomia è un concetto interamente relegato entro i confini dell'antico, e per giunta incrostato di una tale carica di mistificazione da privarlo di ogni *appeal* anche in sede storiografica. Se, per esempio, nel 1751 il primo volume dell'*Encyclopédie*, alla voce 'Autonomie', riportava soltanto: « titre que prenaient certaines villes de Grèce qui avoient le privilège de se gouverner par ses propres lois »⁽⁴⁵⁾, alcuni anni dopo uno specialista dell'amministrazione come Gaspard de Real de Courban poneva in luce soprattutto

parti di governo, ma quella restando sempre precaria e diffusa dalla grazia e concessione liberale, non produce l'effetto che i popoli siano liberi dal potere legislativo, cioè che non sian sudditi»: M. MACCIONI, *Difesa del Dominio de' Conti della Gherardesca sopra la Signoria di Donoratico, Bolgheri, Castagneto*, 1771, p. 533); oppure il veneto Rambaldo degli Azzoni Avogari in un testo notevole nel suo identificare il titolo di 'autonomia' con la qualifica di 'città', che la comunità in questione avrebbe perduto e poi recuperato successivamente grazie alla concessione di nuovi privilegi (« dopo la rovina recatagli dagli Ungheri mancò ad Asolo l'Autonomia ed il Magistrato col territorio, e scadde in conseguenza dal grado di città »; « mostrano parimenti gli allegati statuti mancata in Asolo da più secoli l'Autonomia, e con essa l'essenza della città »: R. DEGLI AZZONI AVOGARI, *Esame delle recenti pretensioni di Asolo e della sua collegiata contro Treviso e la cattedrale di questa città*, Venezia, Occhi, 1769, rispettivamente pp. 131 e 124).

⁽⁴⁵⁾ *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. I, Paris, Briasson et alii, 1751, p. 897. Ancor meno significativo era il significato di 'Autonomie': « sorte de gouvernement anarchique où le peuple se gouverne par cantons, se donnant des chefs pendant la guerre et des juges pendant la paix », ma riservandosi di revocarli in ogni momento, come Erodoto riferiva a proposito degli antichi Babilonesi (*ibidem*).

limiti e disvalori del concetto: « ce mot d'Autonomie, tiré du grec, présente l'idée d'une pleine liberté et d'une indépendance totale: mais les villes qui en ont joui, étaient soumises » e non avevano realmente « qu'une très légère portion » dei benefici promessi (soprattutto quando la concessione era stata loro accordata dai romani, « fiers républicains » tanto generosi nel distribuire questo privilegio quanto poi solleciti a svuotarlo di ogni contenuto) ⁽⁴⁶⁾. Un quadro riproposto senza variazioni all'inizio degli anni Ottanta nella celebre *Encyclopédie méthodique* di Panckoucke, dove alla voce corrispondente si sottolineava come tutte le città antiche « qui se croyoient autonomes », pur considerandosi « comme des espèces de républicques », non avessero mai goduto che di una « liberté précaire dans le fait » e di una mera « ombre d'indépendance ». Sullo sfondo di una *querelle* degli antichi e dei moderni che, a quest'altezza, dell'antico ormai percepiva soprattutto l'irriducibile diversità rispetto al mondo attuale, una nozione come la nostra non poteva che assistere alla chiusura dei pur modesti spazi che la prima metà del secolo le aveva offerto. Tanto più che il dibattito istituzionale del secondo Settecento aveva ormai imboccato una strada del tutto divergente rispetto al mondo di valori dell'autonomia, quale che fosse poi l'interpretazione che di essi si volesse dare. Dagli anni Cinquanta, infatti, è soprattutto la cultura fisiocratica a fornire le formule e i linguaggi per ripensare gli equilibri tra centro e periferia, tanto in Francia quanto in Italia; e benché quella cultura puntasse ad una decisa rivitalizzazione della libertà amministrativa locale, in polemica sempre più aperta con la prassi accentratrice dell'assolutismo, essa procedeva lungo una direttrice certo ben lontana da quella dell'antica autonomia. Per Turgot, Le Trosne o Dupont De Nemours — come, in Italia, per Pompeo Neri o per Pietro Leopoldo di Lorena — non si trattava certo di rinverdire vecchie libertà-privilegio del tipo di quelle evocate dal nostro lemma, ma al contrario di spazarle via del tutto per sostituirvi — secondo la famosa definizione del legislatore piemontese del 1775 — un « pariforme

⁽⁴⁶⁾ G. DE REAL DE COURBAN, *La science de Gouvernement*, Paris, Briasson, 1765, vol. I, pp. 245-249.

sistema » territoriale ⁽⁴⁷⁾, che riconoscesse il diritto di ogni comunità di gestirsi alla stregua di una specie di condominio fondiario: e ciò in base al presupposto per cui « les soins à prendre pour l'administration des villages sont à peu près de la même nature de ceux que chacun prend volontiers soi même pour gouverner son propre bien » ⁽⁴⁸⁾. Se 'autonomia' veicolava insomma il senso dell'isolamento giuridico della parte rispetto al tutto, i riformatori si muovevano proprio in senso contrario, verso una libertà fatta di omogeneità e d'inclusione. Riprogettando il governo territoriale, essi puntavano a « faire de la Nation, qui est nulle aujourd'hui, un véritable corps politique vivant et organisé » ⁽⁴⁹⁾. La dimensione stessa del 'locale', come ambito categorialmente opposto al 'nazionale' (dimensione che, a dire il vero, anche lo stesso liberalismo aristocratico francese, voce di una nobiltà di corte che aveva da tempo elaborato una identità ben distinta da quella della « province », sembra aver valorizzato soprattutto in modo strumentale ⁽⁵⁰⁾), era del tutto estranea a chi si muoveva lungo coordinate del genere. E appunto su questa direttrice continuò a scorrere, com'è arcinoto, tutta quanta la

⁽⁴⁷⁾ Così il proemio del « Regolamento per le amministrazioni de' Pubblici », emanato nel 1775 da Vittorio Amedeo di Savoia per la parte continentale dei suoi Stati (in A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, Venezia, Neri Pozza, 1962, vol. II, p. 13).

⁽⁴⁸⁾ Così il *Mémoire sur les municipalités* di Turgot-Dupont del 1775, in *Œuvres posthumes de M. Turgot*, Lausanne, s.e., 1787, p. 20.

⁽⁴⁹⁾ G.-F. LE TROSNE, *De l'administration provinciale et de la réforme de l'impôt*, Basle, s.e., 1779, p. 124.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso F. BURDEAU, *Liberté, libertés locales chéries!*, Paris, Cujas, 1983, pp. 14-17; Id., *Affaires locales et décentralisation: évolution d'un couple de la fin de l'Ancien Régime à la Restauration*, in *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le Pouvoir*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1977, pp. 765-788: secondo il quale anche la richiesta di un ritorno alla costituzione 'per ordini', che da Fénelon a Boulainvilliers a Montesquieu, fino alla 'rivoluzione parlamentare' del 1787-88, innerva tutto quanto il Settecento, non mirava tanto a restituire fiato e vigore alle province o ai singoli corpi intermedi in quanto portatori d'interessi specifici, ma a restaurare i diritti di una nazione aristocratica complessivamente intesa che in quelle istituzioni trovava la propria coesione. Ma vedi anche, per un quadro più articolato, R. BAURY, *La noblesse française et la province dans la seconde moitié du XVIIIe siècle: une réinvention réciproque?*, in *L'invention de la décentralisation. Noblesse et pouvoirs intermédiaires en France et en Europe (XVIIe.-XIXe siècle)*, sous la direction de M.L. Legay et R. Baurly, Villeneuve d'Ascq, Presses Univ. du Septentrion, 2009, pp. 77-99.

successiva esperienza rivoluzionaria: la quale, proclamato il diritto della nazione di disporre in assoluta libertà del proprio territorio, non solo ne riorganizzò *ex novo* tutti gli spazi politico-amministrativi, ma qualificò espressamente questi ultimi come « sections d'un même tout », semplici suddivisioni di un'unica organizzazione nazionale alle quali all'inizio non si pensava assolutamente come ad altrettante amministrazione *locali* ⁽⁵¹⁾.

Beninteso: anche la Rivoluzione presenta fin dall'inizio una componente a suo modo 'autonomista'. La maglia delle nuove circoscrizioni 'artificiali', infatti (Dipartimenti, Distretti, Cantoni, corrispondenti a ciò che il 1789 definisce complessivamente « Administration générale de l'Etat »), non giunse a assorbire in sé le collettività di primo livello. La legge 14 dicembre 1789, pur riducendo tutto l'antico tessuto di città, borghi, parrocchie e « communautés d'habitants » ad un stesso *nomen iuris* e ad un medesimo statuto giuridico (quello della « municipalité »), assicurò a questa parte dell'ordinamento una identità ben distinta da tutto il resto dell'apparato; e ciò nella consapevolezza che a questo livello esistessero delle 'affaires particulières' irriducibili alla dimensione nazionale e la cui « économie domestique » doveva essere « réservée » ai rispettivi abitanti ⁽⁵²⁾. Concessione obbligata ad una opinione pubblica che aveva interpretato ovunque la lotta contro l'antico regime anzitutto nei termini di una « révolution municipale », questa scelta non poteva d'altra parte tradursi in una dichiarazione d'indipendenza delle municipalità rispetto al livello dei « pouvoirs publics ». Il concetto accolto dalla Costituente fu che le « municipalités [...] sont soumises à ces pouvoirs, mais qu'elles n'en font pas partie » ⁽⁵³⁾: cioè che si trovano, rispetto alle istituzioni statali, in una relazione

⁽⁵¹⁾ Ancora BURDEAU, *Liberté*, cit., pp. 36-40, nonché J.L. MESTRE, *L'idée de libre administration de la Révolution à la fin du XIXe siècle*, in *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, a cura di J. Moreau e G. Darcy, Aix-en-Provence, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1984, pp. 47-54, e S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 261-284.

⁽⁵²⁾ Così Sieyès alla Costituente, nell'autunno dell'89, cit. in MANNONI, *Une et indivisible*, vol. I, cit., p. 339.

⁽⁵³⁾ Così Thouret sempre alla Costituente il 9 novembre 1789, presentando il piano generale per la nuova divisione del regno (cit. in BURDEAU, *Liberté*, cit., p. 40).

abbastanza vicina a quella appunto evocata, in definitiva, dal termine ‘autonomia’. E tuttavia la nostra voce, confinata fin lì entro un ambito referenziale tutto erudito, e carica per giunta di una serie di assonanze negative, non fu neppure presa in esame per giocare un ruolo così delicato. Per esprimere la specialità degli organismi comunali, il loro stare nel tutto senza confondersi con esso, i costituenti ricorsero ad un’espressione di nuovo conio — quella di ‘pouvoir municipal’, libera da ogni compromissione con il passato e certo più accettabile da parte di una coscienza politica rivoluzionaria per la quale era impensabile ammettere l’esistenza di un νόμος diverso dalla legge della nazione. Tenuta a battesimo da Sieyès e da Thouret⁽⁵⁴⁾, e ufficializzata dalla legge del 14 dicembre⁽⁵⁵⁾, quella espressione faceva dei Comuni un ‘quarto potere’ dello Stato, aggiuntivo ai tre verticali, integrandone la presenza nell’organismo politico in base alla moderna logica dei contrappesi costituzionali. Soluzione felice e ampiamente conforme all’impronta razionalista che la Rivoluzione intendeva imprimere al proprio linguaggio politico.

3. *Il percorso francese: il trionfo di ‘décentralisation’.*

Non sorprende troppo, allora, che, dalla fine del Settecento fino a un buon tratto del secolo successivo, sia in Francia che in Italia ‘autonomia’ abbia faticato a forzare i limiti di quella lingua erudita che ne aveva tenuta a battesimo la rinascita nel corso del periodo precedente. Vocabolo dotto, esso continua prima di tutto ad indicare « quella troppo sovente vana apparenza di libertà, che lasciavano i Romani ai popoli soggetti »⁽⁵⁶⁾. Meno connotato e più duttile

⁽⁵⁴⁾ MANNONI, *Une et indivisible*, cit., vol. I, pp. 332-346.

⁽⁵⁵⁾ Che al suo art. 49 distingue appunto fra le attribuzioni dei Comuni le « fonctions propres au pouvoir municipal » e quelle invece loro delegate dallo Stato.

⁽⁵⁶⁾ Così, per tutti, G. FRANCHI-PONT, *Dei torsi secusini*, in *Mémoires de l’Académie impériale des sciences, littérature et beaux arts de Turin*, vol. XV, 1805, Turin, Imprimerie de l’Académie Impériale, 1805, p. 503. Nello stesso senso, al netto delle valutazioni, la generalità dei dizionari, che continuano a considerare il termine come proprio della civiltà antica (per tutti, P.-C.-V. BOISTE, *Dictionnaire universel de la langue française*, Paris, Lefebvre, 1812, p. 38; M. MAGUERY, *Nouveau dictionnaire de la langue française*, Paris, Raymond, 1818, p. 51).

è l'aggettivo 'autonomo', che i vocabolari di primo Ottocento definiscono come « colui che vive colle proprie leggi né è soggetto ad altri », ma sempre con riferimento a particolari rapporti di ordine 'internazionale' (« tali sono le città e le repubbliche libere » (57)).

Certo, il giro di boa napoleonico, imponendo un'immagine dello Stato come grande corpo burocratico proteso ad occupare ogni frammento dello spazio pubblico, genera in questi anni una sensibilità affatto nuova verso il locale, attorno ai cui conculcati diritti inizia a formarsi un discorso che costituirà una delle grandi dorsali di tutto l'Ottocento liberale. Da Cuoco a Constant, da Fievé a Montlosier, il primo quindicennio del secolo già preannuncia il grande interesse trasversale che la questione comunale sarà in grado di catalizzare, sul piano del dibattito politico, dall'uno e dall'altro lato delle Alpi. Ma questo interesse non incrocia per nulla, almeno per ora, la storia del nostro lemma; il quale è degnato di ben scarsa attenzione anche da parte di una storiografia che pure sta ora riscoprendo con travolgente interesse tutta la vicenda del medioevo comunale italiano (basti solo il caso di Sismondi, la cui monumentale *Histoire des Républiques italiennes au moyen âge*, pubblicata tra il 1808 e il 1818, non sembra registrare neppure una sola ricorrenza di 'autonomia': ciò che il romanticismo liberale va cercando nell'universo medievale essendo una libertà dai forti tratti esistenziali, lontanissima dal carattere tutto giuridico e compromissorio dell'autonomia antica).

Nonostante ciò, 'autonomia' sta silenziosamente candidandosi ad occupare una posizione ben più prominente nel vocabolario politico del nuovo secolo, anche se a seguito di una vicenda largamente esterna rispetto a quella proto-storia che abbiamo ricostruito fin qui. A risagomare il significato del termine è infatti l'eccezionale fortuna che il lemma ha nel frattempo acquisito nel linguaggio

(57) F. ALBERTI DI VILLANOVA, *Grande dizionario italiano-francese*, 3^a Ed., Basano, Remondini, 1811, vol. II, p. 58. Più o meno in questo senso, cfr. anche un noto scrittore politico italiano di questi anni, M. DELFICO, *Memorie storiche della Repubblica di San Marino* (1804), Firenze, Fabris, 1843, che riferendosi appunto a questo piccolo centro rileva come nel medioevo esso abbia goduto « de' principali diritti della libertà, quelli cioè dell'Autocrazia e dell'Autonomia, non riconoscendo altra autorità e potere che nel suo popolo, né altre leggi che quelle ch'essi stessi s'imponevano », vol. I, p. 61.

filosofico, grazie alla nuova definizione kantiana della libertà soggettiva come, appunto, « *Autonomie des Willens* ». Rovesciando tutta la precedente tradizione sensista, che aveva visto nella libertà la capacità di realizzare senza ostacolo la naturale pulsione di ognuno all'appagamento dei propri bisogni, il criticismo affida proprio al termine 'autonomia' il compito di esprimere il nuovo principio di una libertà intesa come auto-determinazione assoluta, e apre quindi al nostro vocabolo un orizzonte potenziale ben più ampio di quello in cui esso si era trovato fino ad allora confinato ⁽⁵⁸⁾. Rivoluzione semantica inizialmente tutta interna all'universo tedesco, essa produce in Germania, già tra Sette e Ottocento, una serie d'importanti ricadute sul linguaggio della politica: ben testimoniate, per esempio, dallo *Staats-lexicon* di Rotteck e Welcker, che registra la trasposizione della « *Autonomie* » dalla sfera individuale a quella di una molteplicità di soggetti collettivi o astratti (Stati, Chiese, Comuni, sistemi di giuridici e via dicendo) in quanto forniti anch'essi di una loro naturale sfera di libertà soggettiva ⁽⁵⁹⁾.

D'altra parte, questa nuova ricchezza semantica del vocabolo penetra solo lentamente nei nostri due paesi (come prova il tradizionalismo dei dizionari, che soltanto a partire dagli anni Cinquanta del secolo inizieranno ad affiancare al vecchio significato storico-internazionalistico del termine riferimenti espliciti all'autogoverno o all'idea di libertà ⁽⁶⁰⁾); mentre nel frattempo altri termini si offrono a soddisfare la domanda di senso di cui i contemporanei sono affannosamente in cerca. È in questa situazione di relativa fluidità che Francia e Italia imboccano due sentieri assolutamente divergenti, per riaccostarsi soltanto in qualche misura (ma in un quadro generale del tutto mutato rispetto a quello d'inizio secolo) allo spirare dell'Ottocento.

Nel contesto della Francia ottocentesca, in effetti, di una storia

⁽⁵⁸⁾ Sul tema, cfr. il contributo di Luca Fonesu in questo volume.

⁽⁵⁹⁾ P.A. PFIZER, *Autonomie, ad vocem*, in *Staats-lexikon oder Encyclopaedie des Staatswissenschaften*, II, Altona, Hammerich, 1835, pp. 76-84.

⁽⁶⁰⁾ In Francia, uno dei pochissimi dizionari ad indicare in *autonomie*, prima di questo momento, un « *synonyme de la liberté* » è il *Dictionnaire raisonné ... des termes usités dans les sciences naturelles*, Paris, Baillère, 1834, p. 134, che avverte però subito: « *on ne s'en sert qu'en philosophie* ».

di autonomia in campo amministrativo è perfino difficile parlare, benché una pronta recezione del nuovo linguaggio filosofico tedesco ⁽⁶¹⁾ e un dibattito vivacissimo circa gli esiti della centralizzazione napoleonica sembrino offrire, fin dai primi anni della Restaurazione, un ambiente potenzialmente favorevole alla valorizzazione del nostro lemma. Il fatto è, però, che lo spazio virtuale di ‘autonomie’ viene immediatamente occupato da alcune espressioni concorrenti, che se ne aggiudicano il controllo a titolo più o meno definitivo.

La prima di esse è certamente « *pouvoir municipal* » che, dopo aver subito una certa eclissi nel corso dell’età napoleonica, torna nuovamente alla ribalta grazie a intellettuali della statura di Constant (che nei *Principes de politique* la recupera nel titolo di un celebre capitolo per fondarvi la proposta di « un nouveau genre de fédéralisme » ⁽⁶²⁾) e a giuristi come Henrion de Pansey (che vi appoggia una vera e propria teoria del ‘*droit municipal*’ costruita sul principio della originarietà storica del Comune rispetto allo Stato ⁽⁶³⁾). Espresione già pronta per l’uso, consacrata dal legislatore e a suo tempo pensata proprio per veicolare l’idea del carattere ‘naturale’ della associazione comunale senza compromissioni di carattere passatista, « *pouvoir municipal* » si offre come lo strumento più idoneo a tutto

⁽⁶¹⁾ A diffondere in Francia i principi della « *autonomie de la raison* » e « *de la volonté* » provvedono, già nel corso del periodo napoleonico, C. VILLERS, *Philosophie de Kant, ou principes fondamentaux de la philosophie transcendante*, 1^{ère} pt., Metz, Collignon, 1801, e J.-M. DE GERANDO, *Histoire comparée des systèmes de philosophie*, Paris, Hinrichs, 1804, t. II, p. 300 (quest’ultimo sarà destinato tra l’altro, nel periodo successivo, a divenire uno dei fondatori della scienza del diritto amministrativo). Negli anni della Restaurazione il concetto, riproposto da varie traduzioni di opere tedesche (J.G. BUHLE, *Histoire de la philosophie moderne depuis la Renaissance jusqu’à Kant*, Paris, Fournier, 1816, t. VI, p. 516 e ss., J.A. BRÜCKNER, *Essai sur la nature et l’origine des droits*, Leipzig, Hartmann, 1818, *passim*), è riferito abbastanza di frequente anche all’ambito della filosofia propriamente politica ([A. DE VIRIEU], *Ebauche d’un cours préliminaire du droit naturel*, Lyon, Barret, 1829, t. I, p. 86: « Rousseau entend par souverain la personne fictive du peuple, en tant qu’elle conserve l’autonomie, la législation suprême, la puissance de faire les lois »).

⁽⁶²⁾ B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, Paris, Eymerie, 1815, pp. 193-198.

⁽⁶³⁾ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Du pouvoir municipal et des biens communaux*, Paris, Barrois, 1822.

quel vasto fronte liberale che — da Tocqueville ⁽⁶⁴⁾ a Barante ⁽⁶⁵⁾ fino a una quantità di amministrativisti e di storici ⁽⁶⁶⁾ — vuol marcare il diritto dei Comuni di disporre di uno statuto proprio, non derivato dal potere centrale. Abbastanza presto, tuttavia, ‘pouvoir municipal’ comincia a trovarsi affiancato da un altro vocabolo dalle funzioni consimili, ma dall’ambito referenziale più vasto. Si tratta del termine « décentralisation »: la cui comparsa si lega non più alla difesa di specifici spazi di libertà all’interno dell’ordinamento statale, ma ad un ripensamento complessivo della stessa struttura di quest’ultimo, in ciò che ora esso sembra avere di più caratteristico — cioè, appunto, nella sua natura ‘accentrata’.

Se la Rivoluzione aveva puntato con tutte le proprie forze alla unificazione dello spazio politico, altrettanto certamente essa non aveva ascritto tra i propri obbiettivi iniziali quello di costruire un sistema ‘centralizzato’ ⁽⁶⁷⁾. Secondo il disegno dell’89, la nazione avrebbe dovuto governarsi da sé in ciascuno degli ambiti territoriali in cui era stata proprio per questo suddivisa. Parimenti ignoti all’antico regime e agli esordi del moto rivoluzionario, ‘centraliser’ e ‘centralisation’ sono dunque termini che si affacciano solo nella fase democratico-giacobina del decennio, in parallelo alla scoperta e alla denuncia della forza centrifuga propria degli interessi particolari. Dopo Termidoro, d’altra parte, questi vocaboli, pur consolidando la loro presenza nel linguaggio politico, veicolano spesso anche una dose più o meno accentuata di preoccupazione e di critica (« la centralisation est sans doute un bon moyen de gouvernement; mais la centralisation totale est la monarchie et le despotisme », recita per esempio un giornale parigino a tre giorni dalla caduta di Robespier-

⁽⁶⁴⁾ *De la démocratie en Amérique*, Bruxelles, Hauman & C., 1835, p. 97 e ss.

⁽⁶⁵⁾ A.-G.-P. BRUGIERE DE BARANTE, *Histoire de la Convention nationale*, Bruxelles, Meline, Cans & C., 1852, t. IV, p. 13.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. per tutti C. LÉBER, *Histoire critique du pouvoir municipal*, Paris, Audot, 1828; P.A. DELACOU, *De la nature du pouvoir municipal*, Paris, Mongié, 1829; F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public*, Paris, 1841, p. 543 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Alla letteratura già citata si aggiunga, a questo proposito, G. DARCY, *Unité et rationalité dans la construction révolutionnaire*, in *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, sous la dir. de J. Moreau, M. Verpeaux, Paris, Economica, 1992, pp. 48-80.

re ⁽⁶⁸⁾) e soprattutto non riescono, ancora per parecchi anni, ad esprimere l'idea di un metodo di gestione del potere ordinario e riconosciuto. I dizionari, infatti, pur registrando 'centralisation' a partire dal 1798 ⁽⁶⁹⁾, ancora nel 1810 precisano che si tratta di un « mot nouveau, qui n'est usité que dans cette phrase: centralisation des pouvoirs, leur réunion dans un petit nombre de mains » ⁽⁷⁰⁾. Se si pensa che molto probabilmente la locuzione era tolta di peso da una pagina di Necker del 1797, in cui l'autore rievocava la per lui infelicissima stagione del Comitato di Salute Pubblica ⁽⁷¹⁾, è abbastanza chiaro che il termine era ancora lontano dal connotare un modello istituzionale dai tratti definiti. Con l'avvio della Restaurazione, però, il quadro cambia. Sotto la minaccia di un'ondata legittimista che rischia di spazzar via i risultati di tutta la stagione precedente, è proprio alla 'centralisation' che il movimento liberale si affida ora per proteggere le conquiste rivoluzionarie e insieme per rappresentarne i valori più irrinunciabili.

On dit les dangers et les abus de la centralisation sous le despotisme [...] — scrive ad esempio uno dei primi amministrativisti francesi nel 1818, ma — c'est cette centralisation qui a fait seule tout le secret et toute la force de notre système d'administration [...]. La simplicité, la rapidité, la vigueur et l'unité de ce système, donna au pouvoir exécutif des forces qu'il voyait sans cesse, avant la révolution, languir, se consumer, se perdre entre ses mains ⁽⁷²⁾.

Citata nel preambolo dell'*Acte Addictionel* come un mezzo necessario « pour faire respecter par l'étranger l'indépendance du peuple français et la dignité de notre couronne », la 'centralisation' viene ora sempre più spesso impiegata senza complementi o, ancor meglio, nella nuova locuzione 'centralisation administrative', che prende campo in pochi anni e viene presto avvertita come uno dei

⁽⁶⁸⁾ *Courrier de l'égalité*, 21 luglio 1794.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. la quinta ed. del *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Smits & C., 1798, vol. II, p. 767, nel *Supplément contenant les mots nouveaux en usage depuis la Révolution*.

⁽⁷⁰⁾ *Nouveau vocabulaire, ou Dictionnaire portatif de la langue française*, Lyon, Rusand, 1810, *ad vocem*, p. 140.

⁽⁷¹⁾ J. NECKER, *De la Révolution française*, Paris, Drisonnier, a. V, vol. III, p. 68.

⁽⁷²⁾ L.-M. DE CORMENIN, *Du Conseil d'Etat envisagé comme Conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérissant le Doux, 1818, p. 71.

pilastrini del nuovo ordine nazionale. Certo, di centralizzazione ve n'è sicuramente troppa — scrive per esempio nel 1818 un avvocato liberale schierato in prima linea a difesa delle « *libertés locales* » —; ma essa è « *plus tolérable que l'anticalisation* » assunta a vessillo da chi reclama il ritorno alle vecchie province e l'abbattimento dell'« *arbre tout entier* » dell'amministrazione napoleonica (73). Ora, per quanto la specifica paternità della voce 'décentralisation' non sia ancora chiara, sono quasi certamente gli ambienti della destra a tenerla a battesimo nella prima metà degli anni Venti, attribuendole un carattere iniziale di *mot de combat* che troviamo puntualmente denunciato dalla coeva opposizione liberale.

La *décentralisation administrative* — nota per esempio nel 1829 un deputato alla Camera — est le nom commun, à ce qu'il paraît, d'un système non encore révélé à cette tribune, système invoqué depuis la Restauration par de nombreux écrits qui appartiennent à une opinion qui diffère de celle de la majorité de la nation (74).

Tale opinione consiste nel « *laisser dans les mains royales l'exercice de l'administration publique, mais rendre, dit-on, la gestion des affaires locales aux autorités locales avec un vote indépendant* »; col risultato di installare nei Dipartimenti, ridivenuti province, altrettanti « *centres de patronages, d'influence et d'autorité* » a disposizione dei « *notables du pays* », e di togliere al monarca ogni potere diverso dalla richiesta di tributi in uomini o in danaro (75).

E tuttavia liberali e *doctrinaires*, invece che rifiutare un termine così carico, per essi, d'implicazioni sfavorevoli, scelsero di dar battaglia sullo stesso terreno lessicale dei loro avversari. La loro strategia, intenzionale o meno che sia stata, fu di accettare un vocabolo ormai impostosi all'attenzione dell'opinione pubblica, impegnandosi al tempo stesso a dimostrare come quella « *décentralisation, que chacun demande, ne saurait être une dislocation de la France* », ma piuttosto una conciliazione « *de deux intérêts si con-*

(73) J.-M. BERTON, *Aperçus historiques sur les Communes dans leurs rapports avec la liberté et l'égalité politique*, Paris, Eymery, 1818, pp. 1-2. Per un'analisi di tutto questo momento del dibattito, cfr. ancora BURDEAU, *Liberté, libertés locales*, cit., pp. 80-83.

(74) Alexandre Mechin, 6 aprile 1829, in *Messenger des Chambres*, 7 avril 1829, n. 97.

(75) *Ibidem*.

traires en apparence » come « la liberté et l'autorité » (76). È così che, negli anni seguenti, 'décentralisation' s'impose rapidamente come lemma privilegiato per chiedere una correzione sostanziale del rigido Stato napoleonico, ma insieme per confermare una fedeltà di principio nei confronti dell'essenza costituzionale di quest'ultimo (77). Non è questa la sede, ovviamente, per offrire una rassegna delle tanto numerose quanto varieguate proposte 'decentralizzatrici' che affollarono il dibattito francese di medio Ottocento. Certo è però che il quadro lessicale entro cui esse vennero via via disponendosi ne condizionò sensibilmente il senso, quali ne fossero i contenuti specifici. La cornice concettuale di 'décentralisation' è infatti quella di un ordinamento proteso sì ad aprirsi verso un maggior grado di articolazione interna, senza mai arrivare, però, a smentire la sua natura intimamente unitaria e 'accentrata'. Allentando la centralizzazione, non si fa che confermare la necessità del suo esserci (anche un sistema pienamente 'decentralizzato' continua a misurare il proprio grado di successo in rapporto ad un suo originario *imprinting* di segno contrario). Come scriverà, anche se molto più tardi, Maurice Hauriou, la « décentralisation administrative ne détruit pas la centralisation, elle se combine avec elle pour lui faire contrepois » (78).

Del tutto naturale, allora, che l'affermazione di questo vocabolo (la cui capacità di porre il problema del locale in termini complessivi e strutturali tende ad erodere anche lo spazio del più circoscritto 'pouvoir municipal', finendo per riassorbirne in sé, verso

(76) Così il giornale *Le Rénovateur*, 1 marzo 1832, pp. 4-5.

(77) Una per tutte tra le tante testimonianze della fortissima valenza costituzionale di 'centralisation' è offerta dalla voce corrispondente del celebre *Dictionnaire politique. Encyclopédie du langage et de la science politique*, Paris, Pagnerre, 1842, grande manifesto collettivo della sinistra radicale di questi anni. La centralizzazione è qui definita come « la réunion des forces générales en un centre commun. Par conséquent, dans une nation c'est la somme des forces élevées à leur plus haute puissance et ramenées à une imposante unité [...]. Paris a eu par dessus toutes les autres capitales l'intelligence de la Centralisation, et c'est par cela qui a mérité d'être appelé la capitale du monde » (pp. 205-207). Il dizionario non contempla la voce « décentralisation » mentre sotto quella « Commune » ammonisce che « un pays, si étendu qu'il soit, ne doit former qu'une seule Commune [...]. Telles qu'elles existent aujourd'hui, les communes seront un obstacle constant à l'établissement de la démocratie » (pp. 243-244).

(78) M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1927, p. 58.

la metà del secolo, tanto i significati analitici che le potenzialità rivendicative), naturale, dicevamo, che il successo di 'décentralisation' abbia sbarrato la strada a qualsiasi affermazione di 'autonomie'. Fino almeno agli anni Cinquanta, 'autonomie' è un vocabolo senza storia nella cultura politico-amministrativa francese. Concetto tipicamente relazionale, esso non trova modo d'inserirsi in un dibattito che si rifiuta di pensare la libertà locale in termini di intersoggettività istituzionale e che solo con fatica sta mettendo a fuoco la stessa categoria di « affaires locaux ». Un certo cambiamento, è vero, si registra dopo il Quarantotto; e ciò, probabilmente, a seguito tanto di una maggiore diffusione del termine nel linguaggio delle sinistre (anche se in accezioni lontanissime da quelle di cui qui ci occupiamo: si pensi alla proudhoniana « autonomie des masses », o « des classes ouvrières » in rapporto allo Stato ⁽⁷⁹⁾, destinata a divenire poi un caposaldo dell'anarchismo), quanto di una nuova riflessione sul ruolo dei Comuni sviluppata da altri spezzoni di quelle sinistre stesse. Tra '49 e '51, in particolare, sull'onda del fallimento della seconda Repubblica, personaggi come Rittinghausen, Considérant o Ledru Rollin contrappongono alla democrazia rappresentativa tradizionale un « gouvernement direct » basato appunto sull'autogestione delle comunità periferiche e sulla rappresentanza degli interessi, rovesciando così radicalmente l'immagine di quello Stato compatto di cui proprio la *gauche* si era assunta per prima, fin lì, la difesa ⁽⁸⁰⁾. Nel discorso socialista, però, la parola non si salda ancora con la cosa. C'è l'autonomia, ma non è locale, o lo è solo occasionalmente: altri essendo i lemmi di cui questa corrente si avvale per indicare il suo nuovo autogoverno comunitario. Il merito di aver quantomeno tentato, invece, di lanciare una autonomia specificamente *comunale* spetta ad un esponente della conservazione cattolica, l'avvocato e uomo politico di origine provenzale Ferdinand

(79) Le prime attestazioni dell'espressione, nell'ambito di un linguaggio in cui molto frequenti sono i riferimenti alla « autonomie de la conscience », « de la raison » o « de la pensée », risalgono alla fine del '49, e in particolare alla collaborazione di Proudhon al giornale *La voix du peuple*: P.-J. PROUDHON, *Mélanges. Articles de journaux 1848-1852*, Paris, Librairie Internationale, 1870, vol. III, p. 12.

(80) Cfr. soprattutto F. PROIETTI, *Comuni e federalismo in Francia (1848-1851)*, Centro editoriale toscano, 1999, con una edizione dei testi principali di questo dibattito.

Bécharad ⁽⁸¹⁾. Già dagli anni Trenta nettamente schierato contro l'individualismo statalista, a partire dal '48 Bécharad si impadronisce del termine 'autonomie' per declinarlo in senso territoriale e recuperare così (anche se ora in chiave decisamente 'sociale') tutta una serie di antiche suggestioni organiciste ⁽⁸²⁾. Acclarato che il futuro sta in una « *synthèse d'association libres, mais hiérarchiques* », le cui radici vanno riscoperte « *dans les entrailles de la société elle-même* » ⁽⁸³⁾, Bécharad si dedica intensamente, nel corso degli anni Cinquanta-Sessanta, a cercare nella storia e nell'analisi comparata il filo rosso di questa sua nuova e insieme antica « *autonomie* » ⁽⁸⁴⁾: fino ad approdare nel 1869 alla sua opera di maggior respiro — *Autonomie et césarisme. Introduction au droit municipal moderne* — nella quale contrappone appunto il cesarismo, come « *prépondérance du pouvoir d'un seul* », alla « *autonomie* », che è invece « *le droit de se gouverner soi-même, selon les inspiration de sa conscience et sous l'autorité di Dieu et des puissances qu'il a établies; c'est la participation de tous aux services publics, réglés par les lois politiques, administratives et économiques* » ⁽⁸⁵⁾. Intendiamoci: sul piano

⁽⁸¹⁾ Su questo personaggio cfr. ancora F. PROIETTI, *Autonomia comunale, suffragio universale e classi lavoratrici nella retorica antisocialista durante la II Repubblica francese: il caso di Ferdinand Bécharad*, in *Challenging centralism. Decentramento e autonomia nel pensiero politico europeo*, a cura di L. Campos Boralevi, Firenze University Press, 2011, pp. 163-173.

⁽⁸²⁾ La prima opera di questo autore nella quale compare quest'uso della parola è F. BÉCHARD, *De l'administration intérieure de la France*, vol. I, *Organisation communale et cantonale*, Paris, Giraud et Dagneau, 1851: in essa si indica già nella « *centralisation* » la « *négation de l'autonomie communale, du droit d'association, de la libre éducation des enfants* », come pure di varie altre tra quelle libertà collettive che la cultura borghese nega in radice ed il socialismo punta a fondare erroneamente attraverso un'ancor più radicale sovversione dell'ordine della natura (p. 43).

⁽⁸³⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁴⁾ F. BÉCHARD, *Lois municipales des républiques de la Suisse et des Etats-Unis*, Paris, Giraud et Dagneau, 1852; ID., *Droit municipal dans l'antiquité*, Paris, Durand, 1860; ID., *Droit municipal dans les temps modernes (XVI et XVII siècles)*, Paris, Durand, 1866.

⁽⁸⁵⁾ Paris, Durand & Pédone-Lauriel, 1869, p. VI. Se vorrà affrancarsi così da vecchi e nuovi dispotismi, la Francia dovrà ritrovare necessariamente il sentiero di una « *société politique* » che è stata « *autonome dans ses origines et dans ses développements historiques* ». Si noti che un certo peso venne esercitato di sicuro, su Bécharad, dalla coeva cultura 'autonomistica' italiana, che vantava anch'essa i suoi campioni cattolici e

sostanziale l'autonomia di Béchard è ancora abbastanza contigua al vecchio 'pouvoir municipal', ormai caduto in disuso come categoria lessicale (al pari di quest'ultimo, infatti, — e diversamente dalle varie forme di autogoverno a cui pensano i socialisti — essa « n'implique pas la liberté politique, c'est à dire la participation à la souveraineté, mais la liberté civile, c'est à dire le droit de pouvoir aux intérêts purement locaux »⁽⁸⁶⁾). L'aspetto interessante della sua proposta sta però nel puntare ora su un vocabolo che guarda all'ordinamento con gli occhi della periferia, dichiarandosi disponibile ad accettarne l'intrinseco carattere plurimo. Ma è proprio questo che risulta difficile da digerire per una cultura istituzionale francese ormai da troppo tempo abituata ad una prospettiva 'dal centro' e che condannerà perciò la linea béchardiana ad un sostanziale isolamento⁽⁸⁷⁾. E se 'autonomie' è certo ora molto più presente di un tempo nel discorso pubblico, essa lo è solo come *parola* e non come *concetto*. Così, per esempio, il celebre *Manifeste de Nancy* (la più importante testimonianza del liberalismo anticentralista di tutto il secondo Impero), pur identificando nella « autonomie de la Commune, du Canton, du Département [...] les bases des institutions d'un pays libre », s'intitola senza incertezze *Projet de décentralisation* ed individua appunto nella realizzazione di questo valore l'obiettivo della propria battaglia⁽⁸⁸⁾. Proudhon stesso, che pure per molti versi è il vero responsabile dell'ingresso di 'autonomia' nel discorso politico d'oltralpe, quando si tratta di realizzarla in concreto sul

conservatori, come il siciliano Vito D'Ondes Reggio, la cui critica ad una Francia in deficit di autonomie è richiamata nel testo (p. 92).

⁽⁸⁶⁾ F. BECHARD, *De l'état du paupérisme en France et des moyens d'y remédier*, Paris, Douniol, 1853, p. 117. Si aggiunga che Béchard non definisce in modo preciso la differenza tra « autonomie » e « décentralisation », ma tende ad usare i due termini cumulativamente.

⁽⁸⁷⁾ Così, almeno, allo stato attuale degli studi. Tra gli epigoni di questa tradizione spicca soprattutto l'avvocato cattolico Frédéric Romanet du Caillaud, un cui opuscolo (*De l'autonomie municipale*, Paris, Féchoz, 1874) circolerà anche in Italia e sarà citato da Santi Romano.

⁽⁸⁸⁾ *Projet de décentralisation*, Nancy, Vagues, 1865 (il passaggio citato è a p. 145).

piano della forma di Stato preferisce far ricorso all'assai più esplicito « principe fédératif »⁽⁸⁹⁾.

Ma è soprattutto la cultura accademica a dimostrarsi ora insofferente verso una parola la cui genericità non è più compatibile con un linguaggio che si vuole sempre più 'scientifico' e univocamente definitorio. L'unico modo per dare un senso a questo termine « un peu vague », rileva per esempio nel 1873 il celebre *Dictionnaire Block*, è di definirne il contenuto rispetto a 'souveraineté' da un lato e a 'selfgovernment' dall'altro⁽⁹⁰⁾. Applicando questo criterio residualista, autonomo non può dirsi né uno Stato indipendente (che non ha bisogno di dichiararsi tale in quanto è già sovrano) né un qualsiasi corpo locale (che è privo di vera autonomia), ma solo uno Stato federato o un territorio coloniale. Eccezion fatta, in particolare, per l'Impero tedesco,

on ne saurait dire qu'il y ait actuellement en Europe des provinces et des communes jouissant à proprement parler de l'autonomie; on peut seulement leur attribuer une dose plus ou moins grande de *selfgovernment*. L'Autonomie suppose le pouvoir, quelque restreint qu'il soit, de faire des lois; le *selfgovernment* ne peut faire que des règlements (*by-laws*). Le *selfgovernment* est à l'autonomie ce que l'administration est au pouvoir législatif⁽⁹¹⁾.

La parola, in sostanza, viene ricondotta al suo significato etimologico di potestà normativa, sia pur di livello subordinato: col risultato di decretarne la definitiva espulsione da un linguaggio

⁽⁸⁹⁾ Cfr. per es. P.-J. PROUDHON, *De la capacité politique des classes ouvrières*, Paris, Dentu, 1865: così come nell'ambito sociale tutto deve essere riportato al principio di mutualità, in quello politico occorre ricondurre « toutes idées, tous intérêts [...] à l'égalité, au droit commun, à la justice, à la pondération, au libre jeu des forces [...], en un mot à l'autonomie » (p. 445). E ciò implica, certo, anche di « rendre aux communes leur autonomie », col conseguente riconoscimento della loro natura di « êtres souverains » (pp. 291 e 297): ma questa « liberté municipale », del tutto « incompatible avec le système unitaire », è per sua natura « essentiellement fédéraliste » (p. 285) e non potrà che attuarsi attraverso una completa sovversione dell'attuale ordinamento borghese. Nello stesso senso cfr., già due anni prima, J.-P. PROUDHON, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la Révolution*, Paris, Dentu, 1863.

⁽⁹⁰⁾ *Dictionnaire général de la politique*, M. Block (cur.), Paris, Lorenz, 1873, vol. I, p. 148. Assente dall'edizione del 1856, la voce compare invece in quelle del 1863 e del 1867, ma con una attenzione ancora prevalente per il significato 'antico' e per quello filosofico.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*.

giuridico-amministrativo che per definizione si riferisce non alla produzione, ma alla sola esecuzione delle norme. Operazione dagli effetti come vedremo irreversibili nell'ambito dell'esperienza francese, questa sorta di epurazione linguistica non è ovviamente neutra sotto il profilo politico. Essa interviene infatti proprio nel momento in cui, sotto la spinta del socialismo municipale, il nostro vocabolo si avvia a conoscere una diffusione notevole nella lingua politica delle sinistre, che non esitano ad indicare ora nella « autonomie communale poussée le plus loin possible [...] l'essence même du gouvernement républicain »⁽⁹²⁾ e ad iscrivere immancabilmente l'obbiettivo di una « pleine autonomie administrative des départements et des communes » in ognuno dei loro manifesti riformatori⁽⁹³⁾. Ma è proprio questa sua caratura ideologica così marcata che rende il termine sempre meno gradito alle orecchie di molti intellettuali (« la centralisation autoritaire a cela de bon — scrive per esempio Taine nel '91 —, que nous préserve encore de l'autonomie démocratique »⁽⁹⁴⁾) e che soprattutto spinge i giuristi a ribadire senza incertezze la loro ormai ben rodato fedeltà a « décentralisation », come unica sede linguistica capace di ospitare degnamente la loro riflessione sul rapporto centro-periferia nello Stato liberale.

Sotto questo profilo, il giro di boa decisivo è quello segnato nel 1892 da Maurice Hauriou nel pubblicare una celebre monografia dedicata appunto a quest'ultima nozione⁽⁹⁵⁾. Redatto quando ormai la grande crociata ottocentesca per la libertà amministrativa è prossima a chiudersi (grazie alle due leggi del 1882 e del 1884 la Terza Repubblica ha finalmente riconosciuto la natura elettiva dei *maires*,

⁽⁹²⁾ Così per es. Alfred Naquet, radicale di tendenze bakouniniane, nel 1883, durante il dibattito alla *Assemblée Nationale* sulla nuova legge comunale che entrerà in vigore l'anno successivo (cit. in BURDEAU, *Liberté*, cit., p. 201).

⁽⁹³⁾ Così, in particolare, nella *Déclaration des principes adoptés par le Congrès de Tours* del PSF nell'aprile 1902, cit. in P. DOGLIANI, *Un laboratorio di socialismo municipale, la Francia (1870-1920)*, Milano, Franco Angeli, 1992, p. 44. Numerosi sono i *pamphlet* politici in cui fin dal titolo compare il nostro lemma, mentre a partire dall'82 inizia ad uscire anche una rivista radicale che fa di esso addirittura la propria bandiera: *L'Autonomie. Journal républicain, socialiste, autonomiste*.

⁽⁹⁴⁾ H. TAINE, *Histoire des origines de la France contemporaine. Le régime moderne*, Paris, Hachette, 1904, vol. III, p. 401.

⁽⁹⁵⁾ M. HAURIOU, *Étude sur la décentralisation*, Paris, Dupont, 1892.

marcando così un preciso *décalage* rispetto al modello napoleonico), il contributo del maestro di Toulouse segna lo spartiacque definitivo tra un Ottocento in cui il termine ha rappresentato la bandiera di una lunga battaglia d'opinione e un ormai prossimo XX secolo in cui esso presenterà un contenuto sempre più tecnico-analitico. Hauriou distingue infatti per la prima volta una « *décentralisation juridique* » da quella semplicemente « *politique* » di cui si è parlato fino ad allora. Se quest'ultima consiste, per lui, nella partecipazione diretta del popolo sovrano alla nomina delle autorità locali, l'altra, quella giuridica, implica un particolare modo di costruire, sul piano dogmatico, la relazione tra centro e periferia, quali che siano poi in concreto i meccanismi della rappresentanza locale. La « *décentralisation juridique* » è infatti quella

manière d'être de l'Etat caractérisée par ce fait, que l'Etat se résout en un certain nombre de personnes administratives, qui ont la jouissance des droits de la puissance publique, et qui assurent le fonctionnement des services publics en exerçant ces droits, c'est-à-dire en faisant des actes d'administration ⁽⁹⁶⁾.

Giuridicamente decentralizzato è dunque quello Stato che, in luogo di concentrare in se stesso tutta la sua 'puissance publique' e di esercitarla quindi tramite suoi uffici, la distribuisce su più persone giuridiche territoriali, distinte da sé, ma sempre intese quali « *incarnations multiples* » della propria personalità ⁽⁹⁷⁾ (una condizione, questa, che tenderà in genere ad abbinarsi ad una parallela decentralizzazione politica, ma che sul piano logico non sottende alcun legame necessario con l'altra nozione, come prova ad esempio l'ordinamento del 1789, estremamente democratico sotto il profilo politico, ma ben poco decentrato sotto quello giuridico). A restare del tutto esclusa dallo schema di Hauriou è la possibilità di configurare in qualsiasi maniera l'esistenza di poteri 'autonomi' rispetto allo Stato — cioè in qualche modo esterni rispetto alla sua sfera organizzativa. La decentralizzazione non è *mai* autonomia. Tanto la scelta di privilegiare l'elettività degli organismi locali quanto quella

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 37. Su questa definizione, che ha costituito l'oggetto di una lunga riflessione successiva, cfr. ora per tutti F. FOURNIE, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, L.G.D.J., 2005, spec. p. 231 e ss.

⁽⁹⁷⁾ HAURIOU, *Étude*, cit., p. 37.

di organizzarsi per persone giuridiche invece che per semplici organi interni rientra nella piena sovranità dello Stato e va ad incidere, per giunta, sulla sola dimensione amministrativa di quest'ultimo, non certo sulla sua configurazione costituzionale.

È esattamente questo il corredo semantico col quale 'décentralisation' e 'autonomies' entrano nel vocabolario giuridico del Novecento francese; e questo è il significato che le due parole tenderanno a conservarvi grosso modo fino ai giorni nostri, in una continuità davvero sbalorditiva rispetto alla fase genetica del linguaggio amministrativo nazionale. Un tradizionalismo del genere, intendiamoci, è ben avvertibile anche nella lingua della politica. Se infatti vi è stato un elemento capace di accomunare le più diverse tradizioni ideologiche transalpine nel corso di tutto il secolo, esso è costituito certamente dalla « permanence de l'aspiration unitaire »⁽⁹⁸⁾, come difesa di una identità nazionale che nessun movimento d'opposizione è mai riuscito lontanamente a scalfire. Naturale, quindi, che anche a questo livello nessuna seria minaccia abbia potuto minare l'egemonia linguistica di 'décentralisation': la quale è però andata incontro quantomeno a qualche rimodulazione. Fin dagli inizi del Novecento, in particolare, la percezione della crescente complessità del sociale indebolisce il significato tradizionale della parola, rivelando come la causa delle libertà collettive si giochi anche su terreni diversi rispetto a quello classico della distribuzione delle competenze territoriali (« il faut que la décentralisation politique, administrative et régionale se double d'une décentralisation encore plus profonde, la décentralisation économique, professionnelle et syndicale », notava per esempio Paul Boncour nel 1901⁽⁹⁹⁾). Non solo, ma a partire dagli stessi anni il nostro termine comincia a subire la concorrenza di una parola più mirata — 'régionalisme' —, capace di esprimere meglio la richiesta non tanto di un generico rilascio di potere dal centro alla periferia, quanto di un nuovo « aménagement

(98) Y. MENY, *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969)*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 61.

(99) J.-P. BONCOUR, *Le Fédéralisme économique*, Paris, Alcan, 1901, p. 377, citato in BURDEAU, *Liberté*, cit., p. 254.

du territoire »⁽¹⁰⁰⁾, diverso da quello fissato nell'89. Oscillazioni del genere sono invece praticamente assenti nel linguaggio della dottrina amministrativa, che per quanto abbia continuato a risagomare incessantemente le proprie teorie in materia di organizzazione territoriale, ha confermato una fedeltà a tutta prova alla nostra parola⁽¹⁰¹⁾. Nessuna, cioè, delle varie divergenze dogmatiche emerse tra gli studiosi del nostro tema è riuscita a scalzare il dominio di un termine il cui significato elementare, oltretutto, per la gran parte della giuspubblicistica, è rimasto identico a quello fissato da Hauriou — un pluralismo di persone giuridiche pubbliche create dallo Stato⁽¹⁰²⁾ e che trovano nell'esercizio della tutela da parte di quest'ultimo la garanzia del loro stabile incardinamento nel suo corpo⁽¹⁰³⁾. Assolutamente unanime, in particolare, continua a risultare per tutto il Novecento la valutazione di inapplicabilità al caso francese di una nozione come quella di autonomia, da tutti ritenuta predicabile soltanto di un « Etat membre d'un Etat fédéral » (se è vero, infatti, rileva per tutti Carré de Malberg, che le comunità territoriali degli Stati unitari si amministrano spesso da sole, esse non lo fanno certo « en vertu de leur propre puissance, car elles tirent leurs pouvoirs d'administration indépendante de la volonté de l'Etat, dont elles sont parties intégrantes »⁽¹⁰⁴⁾). 'Décentralisation' e

⁽¹⁰⁰⁾ « Dans les programmes politiques, le mot *décentralisation* si cher à nos pères à fait place au *régionalisme* », scrive Henri Mazel nel 1917; mentre un altro grande regionalista come Jean-Charles Brun ricorderà più tardi come « décentralisation, qui était notre mot de ralliement environ 1895, nous paraissait, en 1900, négatif, juridique et sans dynamisme » (ancora BURDEAU, *Liberté*, cit., pp. 254 e note).

⁽¹⁰¹⁾ Un buon panorama critico sulle varie correnti dottrinali francesi in materia fino agli anni Settanta in S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, L.G.D.J., 1979, pp. 1-63.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. per tutti, ad es., M. WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., Paris, Sirey, 1963, p. 305: « pour qu'il y ait décentralisation, il faut d'abord qu'il y ait reconnaissance d'une personne juridique autre que l'Etat, et au nom de laquelle seront accomplis les actes des autorités décentralisées ».

⁽¹⁰³⁾ Così, ancora esemplificando, R. MASPETIOL, P. LAROQUE, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p. 9: « dans un état unitaire la décentralisation ne va pas sans tutelle, ni la tutelle sans décentralisation ».

⁽¹⁰⁴⁾ R.CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, t. I, p. 171.

‘autonomie’ rinviano insomma, per definizione, a due ambiti d’esperienza non sovrapponibili:

la collectivité locale décentralisé n’est à aucun titre autonome, car elle ne jouit d’aucune des prérogatives d’indépendance qui sont attachés à la possession d’un pouvoir propre. Il n’y a pas de pouvoir local qualifié pour faire valoir librement, et en toutes manières, les aspirations des groupes ⁽¹⁰⁵⁾.

Curiosamente, gli unici che hanno in qualche misura valorizzato la nozione di autonomia sono stati gli studiosi della tutela amministrativa, che vi si sono talvolta richiamati per fondare il principio della tipicità dei controlli e per definirne i limiti (necessaria per evitare che gli enti locali si trasformino in soggetti indipendenti, la tutela non può neppure cancellare completamente l’‘autonomia’ di questi ultimi, intesa come tratto costitutivo della personalità giuridica che lo Stato loro attribuisce) ⁽¹⁰⁶⁾. Ma è evidente che si tratta di un uso debole del concetto, tutto iscritto all’interno della logica della « décentralisation » e proprio per questo condannato a non svilupparsi mai in una compiuta teoria.

4. *Sul versante italiano: ascesa e declino di ‘autonomia’ dal 1848 alla svolta romaniana.*

Una libertà locale colta tutta dal centro e costruita anzi, per usare il lessico di Hauriou, come il « se résoudre » di uno Stato monolitico in una pluralità di soggetti da esso solo generati e ad esso ancora indissolubilmente legati. Questo il nocciolo duro di una ‘décentralisation’ che declina il locale solo come momento dell’organizzazione statale, negandogli qualunque possibilità di percepirsi a partire dal suo sé — ovvero, appunto, ogni aspirazione alla ‘autonomia’.

Tutta diversa, ed anzi addirittura opposta a questa, è la vicenda italiana, che da metà Ottocento in avanti è invece molto attratta dalla possibilità di una definizione dello spazio politico in termini relazionali. Di contro a un’esperienza francese che fin dalla Rivoluzione

⁽¹⁰⁵⁾ G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, t. II, L’Etat, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 401.

⁽¹⁰⁶⁾ FLOGAÏTIS, *La notion*, cit., pp. 22-24.

ha interiorizzato così profondamente il dogma dell'unità politica da farne il cardine stesso della propria auto-rappresentazione, l'Italia, si sa, vive l'impatto con lo Stato napoleonico come una vicenda traumatica, che scardina i delicati equilibri interni dei vecchi Stati regionali senza riuscire a surrogarvi alcuna nuova e forte identità condivisa. Di qui, l'universale ricerca, da parte di quasi tutto il liberalismo risorgimentale, di un modello di Stato capace di coniugare la modernità politica con la conservazione e il rilancio di una costituzione plurale, in cui comuni e province costituiscano il primo gradino di quella libertà costituzionale che i sovrani della Restaurazione erano del resto determinatissimi a non concedere al centro ⁽¹⁰⁷⁾.

Almeno fino al '48, però, queste diffuse aspirazioni non trovano un quadro lessicale definito in cui calarsi. Al di là della generalizzata ostilità verso la 'centralizzazione' (termine che del resto comincia a affacciarsi abbastanza tardi in Italia, e che ancora alla metà degli anni Cinquanta è considerato come uno sgradevole neologismo ⁽¹⁰⁸⁾), la nostra letteratura istituzionale non riesce a lungo ad individuare in positivo una parola che esprima l'idea di una comunità inclusa in uno Stato, ma capace al tempo stesso di conservare intatta la propria identità e il proprio diritto all'autogo-

⁽¹⁰⁷⁾ Tra le varie messe a fuoco recenti di questo 'costituzionalismo municipale', basato sulla riedizione della vecchia idea settecentesca di una rappresentanza nazionale eletta in secondo o terzo grado dai Consigli delle collettività locali, cfr. L. MANNORI, *Le Consulte di Stato*, in « Rassegna storica toscana », XLV (1999), pp. 347-379; T. KROLL, *La rivolta del patriziato. Il liberalismo della nobiltà nella Toscana del Risorgimento* (1999), trad. it. Firenze, Olschki, 2005, pp. 217-271; A. CHIAVISTELLI, *Dallo Stato alla nazione. Costituzione e sfera pubblica in Toscana dal 1814 al 1849*, Roma, Carocci, 2006, pp. 181-194; M. MERIGGI, *Gli Stati italiani prima dell'unità*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 155-180; *Atlante culturale del Risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'unità*, a cura di A.M. Banti, A. Chiavistelli, L. Mannori, M. Meriggi, Bari, Laterza, 2011, alle voci 'Costituzione', 'Unità', 'Municipalismo'.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. per es. F. UGOLINI, *Vocabolario di parole e modi errati che sono comunemente in uso*, Firenze, Barbera, Bianchi & C., 1855, p. 53: « Centralizzare, Centralizzazione: voci non italiane, ma francesi, che prima da noi non si conoscevano; perché la saviezza dei nostri antichi non trovò opportuno di rendere una macchina l'andamento de' pubblici uffici, secondo la generale moderna usanza, introdotta sull'esempio della Francia, che pur ci regalò la parola corrispondente. Sostituisci *concentrare*, *concentramento* ».

verno. Nei primi quattro decenni del secolo, in particolare — complice una recezione assai faticosa del pensiero kantiano — autonomia continua ad essere un termine inservibile per un uso del genere, confinato com'è nei limiti di quel significato essenzialmente storico-erudito già proprio della tradizione settecentesca che ben conosciamo ⁽¹⁰⁹⁾. A cavallo fra gli anni Trenta e Quaranta, tuttavia, grazie all'intermediazione di studiosi come Baldassarre Poli o Pasquale Galluppi ⁽¹¹⁰⁾, la nuova accezione filosofica della parola comincia ad affiancarsi a quella tradizionale e a risagomare in parte anche la portata di quest'ultima. Lo prova per tutti una *Enciclopedia italiana* pubblicata a Venezia nel '39, che non solo riporta un'ampia illustrazione del significato teoretico del termine come « legge morale suprema », ma aggiunge anche che nel linguaggio politico « diconsi popoli autonomi quelli che, *vivendo nella democrazia*, si fanno la legge da se medesimi » ⁽¹¹¹⁾. Nel fervido clima patriottico del pre-'48, cominciano ad esservi le condizioni per una decisa rivitalizzazione della parola: compito, questo, che viene assunto tra i primi da Vincenzo Gioberti, proprio nella solenne apertura dell'opera politica più letta di tutto il nostro Risorgimento:

⁽¹⁰⁹⁾ Qualche esempio: G. MICALI, *L'Italia avanti il dominio dei Romani*, Firenze, Piatti, 1810, vol. III, pp. 243-289; recensione anonima a *Historiae patriae monumenta edita iussu Regis Caroli Alberti*, in « Biblioteca Italiana », XCII (1838), p. 169; G. ROMAGNOSI, *Esame della storia degli antichi popoli italiani di Giuseppe Micali in relazione ai primordi dell'italico incivilimento*, in Id., *Dottrina dell'umanità*, Prato, Guasti, 1836, pp. 321, 344, 363. Questo è del resto l'unico uso ancora attestato per molto tempo dai dizionari dell'epoca: B. AQUILINO, *Dizionario etimologico di tutti i vocaboli usati nelle scienze, arti e mestieri che traggono origine dal greco*, Milano, Pirola, 1819, vol. I, p. 439; *Dizionario della lingua italiana*, Bologna, Masi, 1826, vol. VII, p. 484; M. BOGNOLO, *Panlessico italiano*, Venezia, Tasso, pt. II, 1839, p. 596.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. B. POLI, *Saggio d'un corso di filosofia*, Milano, Molina, 1832, t. IV, p. 68 e ss. (è lo stesso Poli ad introdurre nella nostra lingua, a quanto pare, il termine « autonomismo » come reciproco di « eteronomismo », dichiarando che esso non corrisponde solo alla libertà kantiana, ma anche alla concezione della libertà propria di tutta la filosofia scozzese da Hume in avanti: ivi, p. 952); P. GALLUPPI, *Considerazioni filosofiche su l'idealismo trascendentale e sul razionalismo assoluto*, Napoli, Tramater, 1841, p. 37 e ss. Altri riferimenti alla autonomia kantiana nell'ambito della manualistica in P. BAROLI, *Istituzioni di filosofia teoretica morale*, Como, Ostinelli, 1829, p. 32 e ss., e in L. MARTINI, *Storia della filosofia*, Milano, Pirotta, 1838, p. 16.

⁽¹¹¹⁾ *Enciclopedia italiana e dizionario della conversazione*, Venezia, Tasso, 1839, vol. III, p. 390; il corsivo è nostro.

Per chiarire in che consista il primato italoico, scopo è notare che ogni maggioranza naturale deriva dall'autonomia, per cui un essere sovrasta ad altri esseri e non ne dipende. L'autonomia considerata generalmente importa due prerogative; l'una delle quali consiste nel non pigliare altronde la propria legge; l'altra nel governare gli enti subordinati, comunicando loro la somma delle loro operazioni ⁽¹¹²⁾.

A partire da questo momento, il lessico italiano si popola rapidamente di una quantità di locuzioni per l'avanti pressoché sconosciute ('autonomia nazionale', 'dello Stato', 'politica', 'internazionale', 'religiosa', 'dei popoli', 'italiana', 'universitaria' e così via), che spianano la via ad una applicazione profondamente rinnovata del termine anche sul fronte delle libertà locali. Esso non evoca più, infatti, una forma minore e quasi perversa di libertà, ma l'essenza stessa del vivere libero, propria di ogni soggetto individuale o collettivo ⁽¹¹³⁾. È appunto una valorizzazione di questa natura che si riscontra in alcuni storici-giuristi prequarantotteschi, come Francesco Forti, Federigo Sclopis, Luigi Cibrario o Giuliano Ricci, ai quali risale un primo uso consapevole di espressioni come 'autonomia comunale', 'municipale', 'cittadina' o 'locale' ⁽¹¹⁴⁾. Per quanto an-

⁽¹¹²⁾ V. GIOBERTI, *Del primato morale e civile degli italiani*, Bruxelles, Méline, Cans & C., 1843, vol. I, p. 13). Che si tratti di un uso linguistico abbastanza nuovo in Italia è testimoniato, proprio con riferimento a Gioberti, dal già citato linguista Filippo Ugolini: che nel suo *Saggio di voci nuove o svecchiate tratte dal Primato di Vincenzo Gioberti*, pubblicato nel '55, riporta: «Autonomo: è parola greca; il Gioberti l'usa continuamente con l'altra voce *autonomia*, e fu tratto a crearla dalla materia che aveva per le mani. L'origine greca non la rende strana a noi, ed anche il suono del vocabolo è bello» (in app. a UGOLINI, *Vocabolario di parole e modi errati*, cit., p. 254).

⁽¹¹³⁾ Cfr. per tutti (benché un po' più tardi) N. TOMMASEO, B. BELLINI, *Dizionario della lingua italiana*, Torino, Utet, 1865: che alla voce *Autonomia* (vol. I, pt. I, p. 763) riportava: «il poter farsi leggi proprie, il non ricevere da estranei la legge; più comunemente *Indipendenza*, che meglio direbbesi alla buona *Libertà*, quando è vera *autonomia*». Da notare, d'altra parte, che se questa nozione era per Tommaseo naturalmente declinabile nella forma della «Autonomia del Comune», molto meno spendibile gli appariva se predicata dell'amministrazione, percepita come un organismo di segno opposto al suo («oggi parlasi d'autonomia amministrativa; ambiguità che riesce a canzonatura», *ibidem*).

⁽¹¹⁴⁾ F. FORTI, *Istituzioni di diritto civile adattate all'uso del foro*, Firenze, Vieusseux, 1840, vol. I, p. 379; L. CIBRARIO, *Storia della monarchia di Savoia*, vol. I, Torino, Fontana, 1840, p. 157; G. RICCI, *Del Municipio considerato come unità elementare della città e della nazione italiana*, Livorno, Meucci, 1847 (quest'ultimo testo è soprat-

cora legati ad un impiego essenzialmente storiografico del vocabolo (nel dibattito propriamente politico di questi anni, infatti, il tema del pluralismo istituzionale interno continua ad essere declinato più che altro richiamandosi al « principio federativo »⁽¹¹⁵⁾) questi autori ne dilatano ormai la capacità referenziale fino a farne una categoria interpretativa fondamentale di tutta la storia italiana.

I comuni — scrive per esempio Cibrario con riferimento al medioevo piemontese — formavano una lunga scala; da' più bassi dove il comune dinotava una piccola terra suddita d'un piccolo principe o barone, o d'un altro comune, v'erano infinite gradazioni di potenza e di libertà, ma anche il più misero comune godea le prerogative dell'*autonomia*, salvaguardia contro gli abusi dell'autorità⁽¹¹⁶⁾;

mentre Ricci celebra il municipio italiano come quello che più di ogni altro in Europa « seppe acquistare la più perfetta autonomia locale, ed opporre all'amministrazione la reazione più energica, e la più durevole, come la più moderata ed ordinata »⁽¹¹⁷⁾.

Nel decennio successivo, dunque, il nostro concetto comincia ad essere maturo per transitare finalmente dal linguaggio della storia a quello della politica e delle istituzioni: anche se questo passaggio sembra compiersi davvero solo all'indomani dell'unificazione, in un contesto definitivamente sbarazzato dalle barriere censorie e reso propizio ad una evoluzione del genere dal definitivo consolidamento della cornice statutaria⁽¹¹⁸⁾. È a quest'altezza che « la teorica dell'autonomia comunale e provinciale » viene riconosciuta come

tutto interessante ai nostri fini, tanto per la frequenza nell'utilizzo del lemma quanto per i contesti in esso cui compare: è probabilmente qui (p. 117) che per la prima volta si propone espressamente 'autonomia' come equivalente italiano di ciò che gli inglesi chiamano *Selfgovernment*).

⁽¹¹⁵⁾ Così ancora, per tutti, il Gioberti del *Primato*: « il corpo dei municipii è una vera confederazione di repubblicette temperate ad aristocrazia monarchica, e raccolte attorno all'unità dello Stato e della nazione » (ed. cit., vol. I, p. 98).

⁽¹¹⁶⁾ *Storia*, cit., p. 157.

⁽¹¹⁷⁾ *Del Municipio*, cit., p. 344.

⁽¹¹⁸⁾ Così, almeno, stando ad una ricognizione lessicografica effettuata sui testi compresi nella banca dati di *Google Books*. Da essa si ricava, per esempio, che un'espressione come « autonomia comunale », ricorrente solo 30 volte nel decennio 1838-1847, ed esclusivamente in opere di carattere storico, aumenta soltanto di quattro unità in quello 1848-1857 e senza che gli impieghi di carattere politico-amministrativo riescano ancora ad assumere la prevalenza su quelli storiografici; nel periodo 1858-1867,

« il cardine di tutte le legislazioni »: « e sebbene varie siano le modalità colle quali essa è attuata per mantenerla in armonia colle condizioni dei vari paesi e il loro genio rispettivo, si può dire che chi imprendesse a contrastarla in principio imiterebbe Don Chisciotte, quando combatteva contro i mulini a vento » (119).

Duplici è il fondamento di questa raggiunta posizione di forza — come duplici è il contenuto semantico (storico e filosofico) di cui il termine si è venuto rivestendo nel corso della sua vicenda pregressa. Da un lato, infatti, riferirsi agli enti locali come a soggetti ‘autonomi’ implica di proclamare la loro precedenza rispetto allo Stato e dunque il carattere intrinsecamente plurale di quest’ultimo, conformemente a quanto insegnato da tutta la tradizione storiografico-erudita precedente; mentre dall’altro ciò equivale a riconoscere che quegli enti stessi sono portatori della medesima ‘libertà di volere’ che contraddistingue lo Stato in quanto ente sovrano e che perciò Comuni e Province godono, almeno in principio, di una sorta di parità di rango rispetto a quest’ultimo. « Il corpo dello Stato — scrive per esempio l’amministrativista Lorenzo Meucci nel suo popolarissimo manuale — non è un organismo solo e semplice, ma è composto da organismi minori che nella loro autonomia non sacrificano ad esso se non quanto è mestieri a creare l’unità statale » (120); ed in questo senso si può ben dire essere lo Stato stesso « una varietà di enti autonomi ridotti ad unità » (121). « Le società comunali — chiosa ancora il celebre manuale Astengo, indispensabile vademecum di generazioni di amministratori —, sebbene incorporandosi con lo Stato abbiano perduto la intiera loro autonomia, hanno però conservato una parte di sovranità che esercitano sotto la dipendenza del potere supremo » (122): sì che, parlando di ‘autonomie locali’ (al plurale, come si comincia ora a

invece, le ricorrenze balzano a 127 e il loro contenuto risulta ormai riferito in larga prevalenza alle istituzioni contemporanee.

(119) Così, tipicamente, un anonimo collaboratore della « Rivista amministrativa del Regno », XVIII (1867), p. 771.

(120) L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*[1879], Torino, Bocca, 1892³, p. 165.

(121) Ivi, p. 163.

(122) C. ASTENGO, *Guida amministrativa, ossia commentario della legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865*, Milano, Di Giacomo Pirola, 1865, p. 878.

scrivere comunemente) si evoca in modo immediato il panorama di un tappeto di piccole sovranità originarie, limitate certo dalla necessaria soggezione ad un comune potere centrale, ma non per questo titolari di una autorità qualitativamente diversa da quella propria dell'ente che tutte le abbraccia.

Sembra, dunque, che il nostro concetto-termine, in capo ad un sia pur faticoso processo di emersione, si sia ormai guadagnato una solida posizione nel gergo amministrativo italiano. Le cose, però, non stanno esattamente così. Se per un verso, infatti, la presentazione dell'autonomia che ora abbiamo richiamato poggia — come ha ricordato Fabio Rugge — su un basamento « fortemente ideologico », che rispecchia il continuo *refrain* anticontrattualista di cui è portatrice un po' tutta la società italiana di questi anni, per un altro essa appare anche « giuridicamente incerta »⁽¹²³⁾ e poco capace di superare le affermazioni di principio per funzionare come efficace strumento interpretativo della realtà istituzionale. A denunciare questi limiti, oggi retrospettivamente evidenti, si levano già alcune voci contemporanee a partire dagli anni Settanta: come per esempio quella del costituzionalista romano Costantino Baer in un saggio tutto dedicato appunto alla critica del nostro concetto. Nella cornice dello Stato moderno, rileva in sostanza l'autore, ormai dominata tutta dal principio di legalità, la nozione di autonomia non può più essere credibilmente declinata né come una prosecuzione delle libertà territoriali d'antico regime né tantomeno come espressione di una libertà potestativa omologa a quella statale. Chi insiste a leggere le cose in questo modo si scontra con la contraddizione inevitabile « tra le sue aspirazioni e i fatti »: i quali dicono chiaramente che il Comune, « non avendo oggi facoltà di crearsi e di determinarsi il diritto a se medesimo, e di organizzarsi a suo modo, è diventato piuttosto un esecutore delle leggi, ossia un organo dell'amministrazione pubblica dello Stato »⁽¹²⁴⁾, che non un soggetto ad essa giustapposto. È un fatto che le leggi di unificazione amministrativa del 1865, sostanzialmente modulate sullo schema franco-

⁽¹²³⁾ F. RUGGE, *Dottrina tedesca e crisi dell' "autonomismo giuridico" in Italia fra Ottocento e Novecento*, in « Amministrare », XXIII (1993), n. 1, p. 101.

⁽¹²⁴⁾ C. BAER, *L'autonomia de' Comuni*, in « Nuova Antologia », Serie seconda, IV (1877), p. 598.

napoleonico, tutto hanno fatto fuorché reintrodurre in Italia un sistema di libertà statutarie affine a quello in vigore nella civiltà medievale. Perché allora ostinarsi a vedere negli enti locali di oggi gli eredi delle repubbliche sismondiane? Una presentazione del genere poteva avere ancora senso, sul piano politico, nel quadro dello « Stato assoluto » che, non configurandosi come « il vindice del diritto » e il « rappresentante degli interessi generali » della società, stimolava quest'ultima a cercare in se stessa argini efficaci contro il potere centrale. Ma oggi che lo Stato non è più un altro da sé rispetto al sociale, si chiede Baer, che valore avrebbe mai una simile strategia?

Qui sento oppormi che io dimentico essere il Comune un ente morale, formato dalla natura e preesistente allo Stato, con diritti suoi propri e inerenti alla sua medesima natura di associazione di tutti coloro che dimorano o posseggono in esso. Io sono il primo a riconoscere l'esistenza di cotesti diritti; ma devesi concedermi che solo la legge può determinarli e sanzionarli. Allorché il Comune è entrato a far parte dello Stato, il suo potere legislativo per determinare e sanzionare il diritto è soppresso, per essere affidato a quei poteri che rappresentano gli interessi generali di tutte le Comunità. Per certo le leggi saranno tanto migliori, quanto più riconoscono que' diritti e li rendono efficaci; [...] ma a nessun altro che a' rappresentanti dello Stato dev'essere concesso di farsi autore del proprio diritto ⁽¹²⁵⁾.

Il termine 'autonomia', dunque, riferito agli enti locali, non può più intendersi alla lettera come 'capacità di autonormazione'; ma nemmeno, più in generale, come diritto a difendere una sorta di separatezza giuridica rispetto allo Stato, giacché le funzioni di quegli enti sono ora inscindibilmente connesse a quelle di quest'ultimo. La vera autonomia, l'autonomia moderna, non è insomma 'autonomia dallo Stato', ma 'autonomia *nello* Stato' e '*per* lo Stato'. È, in sostanza, *Selfgovernment* e *Selbstverwaltung*, nel senso (pur non poco variegato e spesso contraddittorio) che la coeva dottrina tedesca tende ad attribuire ora a questi vocaboli ⁽¹²⁶⁾: cioè, alternativamente, collaborazione della società *nel suo complesso* allo svolgimento di compiti statali (secondo la famosa immagine dell'ordinamento inglese proposta da Rudolf von Gneist e centrata sulla

⁽¹²⁵⁾ Ivi, p. 597.

⁽¹²⁶⁾ Per un'analisi di questi concetti, cfr. ampiamente il saggio di Bernardo Sordi in questo stesso volume.

figura del *justice of the peace* come funzionario onorario) ovvero piuttosto esercizio, da parte dei singoli enti periferici, di una potestà di auto-gestirsi che è però solo lo Stato ad assegnare loro nel proprio interesse (secondo un'altrettanto nota presentazione risalente a Paul Laband).

Sarà appunto lungo questa direttrice, che potremmo chiamare della 'autonomia-immedesimazione', che si incammineranno poco per volta i più autorevoli esponenti della dottrina amministrativistica negli ultimi decenni del secolo. Basti per tutti il riferimento a Vittorio Emanuele Orlando: che nei suoi *Principii di diritto amministrativo* del 1891, pur individuando ancora nell'autogoverno locale uno dei pilastri dello Stato di diritto, ritiene senz'altro che « le circoscrizioni territoriali, tanto le maggiori come le minori, va[dano] considerate puramente e semplicemente come organi dello Stato, e che tutta la loro attività non sia che conseguenza di una delegazione di poteri che lo Stato fa ad essi »⁽¹²⁷⁾. Un quadro, questo, in cui l'autonomia si risolve tutt'al più nella scelta statale di far esercitare questi poteri ad organi elettivi piuttosto che a funzionari burocratici (« chiameremo 'autonoma' quell'amministrazione locale affidata ad organi [...] costituiti in seno stesso della comunità come emanazione diretta di essa », e « 'autonomia comunale' l'idea generale che vi si riferisce »⁽¹²⁸⁾). Ma per descrivere una relazione del genere, comincia a chiedersi sommessamente qualcuno, è davvero corretto continuare ad impiegare un termine come 'autonomia', che sembra rinviare all'idea di due soggetti forniti, se non di pari attribuzioni, certo di pari dignità costituzionale? Questa è per esempio la domanda che si pone, sempre nel '91, il professore palermitano Antonio Longo, che ritiene incompatibile il concetto con l'oggettiva, strettissima inclusione di Comuni e Province nel corpo dell'amministrazione generale disposta dal legislatore italiano: « dimostrato che non esiste, per il nostro ordinamento, l'autonomia comunale e che invece gli enti locali non sono che organi sottoposti alla subordinazione gerarchica, ne discende la conseguenza [...] che un tale ordinamento

⁽¹²⁷⁾ *Principii di diritto amministrativo* [1891], Firenze, Barbera, 1892², p. 140.

⁽¹²⁸⁾ Ivi, pp. 145-6.

non consenta l'esistenza di diritti pubblici subbiettivi negli enti locali » (129).

Del tutto comprensibile, in questa luce, risulta allora la scelta compiuta dalla nostra dottrina sullo scorcio del secolo di rimpiazzare 'autonomia' con un neologismo di sapore classico — 'autarchia' —, confezionato appositamente per sancire l'assenza di ogni potestà originaria in capo agli enti locali. L'ingresso del lemma nella lingua giuridico-amministrativa, avvenuto a seguito di un percorso insieme geniale e rocambolesco, è stato ricostruito troppe volte per tornarvi ancora (130). Basti ricordare che il termine, per quanto non esplicitamente proposto dal suo creatore (il Santi Romano del 1897) come sostitutivo di 'autonomia' (131), venne immediatamente recepito in

(129) A. LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il diritto amministrativo italiano*, in « Archivio di diritto pubblico », I (1891), p. 329.

(130) Tale ingresso, com'è noto, fu preparato da un *repêchage* del termine filosofico greco 'αὐτάρκεια' (cioè autosufficienza o 'bastevolezza') da parte di alcuni filosofi del diritto come Francesco Filomusi Guelfi (nel 1873) e Alessandro Malgarini (nel 1883), i quali però: a. introducendo per primi nella nostra lingua il vocabolo 'autarchia' non pensarono affatto a qualcosa di riferibile alla sfera dell'amministrazione locale, ma ad un concetto del tutto generale di autosufficienza politica, secondo l'originaria accezione platonica e aristotelica di questa parola; b. traslitterando il termine greco in italiano, essi lo resero assai goffamente con 'autarchia', il quale richiamava piuttosto il corrispondente classico 'αὐταρχία' (cioè 'autocrazia' o 'dominio assoluto' o 'dispotico'). Alfredo Codacci Pisanelli prima, Santi Romano poi (ma entrambi nel 1897, a distanza di pochi mesi), stimolati dall'incontro probabilmente casuale con questo lemma, lo applicarono invece in un senso del tutto nuovo alla materia degli enti locali, prestandogli il significato (ricavato da un étimo immaginario) di 'capacità di amministrarsi da se stesso', nell'accezione di 'auto-comandare' o di 'auto-disporre', ed usandolo quindi Codacci come equivalente dell'inglese 'Selfgovernment' e Romano come corrispondente al tedesco 'Selbstverwaltung' nel senso definito da Mayer e da Laband. Sulla vicenda B. MIGLIORINI, *Storia del termine 'autarchia'* [1934], ora in Id., *Saggi sulla lingua del Novecento*, Firenze, Sansoni, 1963³, pp. 223-244; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, I, Milano, Giuffrè, 1998, p. 679 e ss.; E. GUSTAPANE, 'Autarchia'. *Profilo storico di un termine in disuso*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXX (1980), pp. 201-210.

(131) In effetti, il Romano della celebre voce enciclopedica *Decentramento amministrativo*, non menziona mai la nozione di autonomia, pur chiaramente corrispondente al rovescio della sua autarchia, ma si limita ad assumere come propria sponda polemica la vecchia teoria del *pouvoir municipal*, con la sua correlativa distinzione tra funzioni proprie e funzioni delegate (S. ROMANO, *Decentramento amministrativo, ad vocem*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, 1897, poi in Id., *Scritti minori*, a cura di G.

questo senso dalla giuspubblicistica coeva, che lo salutò come la parola lungamente attesa capace di esprimere al meglio la condizione degli enti locali entro la cornice della modernità. Se infatti in quella cornice tali enti « non possono dar leggi a se stessi, ma soltanto amministrarsi liberamente nei limiti e secondo le norme fissate dalla legge » ⁽¹³²⁾ — scrive soltanto l'anno dopo Carlo Francesco Ferraris —, è chiaro che, per definire la loro prerogativa essenziale, non di 'auto-nomia' bisognerà parlare, ma tutt'al più di semplice 'auto-comando' o 'auto-disposizione', cioè di un potere imperativo omologo a quello che lo Stato esercita nell'ambito della propria funzione amministrativa. Né vale dire che chi parla oggi di 'autonomia' a proposito dell'organizzazione amministrativa attribuisce al termine « un significato diverso dal letterale, usandolo nel senso di amministrazione e non di legislazione » ⁽¹³³⁾. Una tale ridefinizione convenzionale non basta infatti a spogliare la parola di quella ben più ricca aura semantica che le deriva dal suo significato filosofico e che, chiamando in causa una potestà normativa in cui si riassume l'essenza stessa della sovranità, porta inevitabilmente a collocare le comunità minori su un piano molto prossimo a quello dello Stato. Sostituire il 'νόμος' con il ben più modesto 'αρχή', significa appunto chiarire una volta per sempre che Comuni e Province non sono titolari di alcuna capacità di autodeterminazione assoluta né, quindi, di alcun potere originario, ma che ogni loro attributo potestativo è il necessario prodotto di una delega statale — tanto che autarchia sta, secondo l'analisi di Romano, per « amministrazione indiretta dello Stato, compiuta da una persona giuridica per diritto subbiiettivo e nell'interesse, oltre che dello Stato, anche suo proprio » ⁽¹³⁴⁾. Giusto, quindi, è espungere 'autonomia' dal piano del diritto positivo per ricacciarla in quel dominio della storia da cui essa è uscita impropriamente solo una quarantina d'anni

Zanobini, Milano, Giuffrè, 1950, vol. II, *Diritto amministrativo*, p. 18). Non sapremmo dire quale sia l'esatto significato di questo silenzio, forse da leggere come un tentativo di non cozzare in modo frontale contro chi ancora aderiva ai valori tradizionalmente veicolati dal nostro termine.

⁽¹³²⁾ C.F. FERRARIS, *Teoria del decentramento amministrativo*, Milano-Palermo, Sandron, 1898², p. 4.

⁽¹³³⁾ Ivi, p. 5.

⁽¹³⁴⁾ ROMANO, *Decentramento amministrativo*, cit., p. 52.

prima. Quel senso di «sovranià relativa, di partecipazione alla sovranià»⁽¹³⁵⁾ che il lemma porta iscritto su di sé, lo rende atto ad evocare un paesaggio pre- o proto-statuale, non certo lo scenario uscito dalla Rivoluzione francese. «Storicamente, il concetto di autarchia si è sviluppato da quello d'autonomia» e ne ha oggi preso felicemente il posto⁽¹³⁶⁾. Si lasci dunque autonomia agli storici, sgombrando il terreno della contemporaneità da una nozione che più non le pertiene. Un invito, questo, accolto dai giuristi dell'età giolittiana con un'immediatezza ed un'unanimità che ancor oggi non cessano di stupire e che portarono ad una pressoché istantanea radiazione del nostro termine dal loro linguaggio.

5. *Ancora in Italia: dal primo Novecento alla 'Repubblica delle autonomie'.*

Alla fine del secolo, dunque, il percorso italiano inizia una virata che lo porta a riaccostarsi in certa misura a quello francese, sia pur indipendentemente da qualsiasi influsso diretto da parte della dottrina transalpina. Come in Francia, anche da noi si scopre ora che la natura dello 'Stato moderno' è incompatibile con l'esistenza di qualsiasi sacca di potere originario e si tende dunque a ripensare il fenomeno delle libertà locali in una prospettiva non lontana da quella abbracciata da Hauriou all'inizio degli anni Novanta — quella, cioè, di un autogoverno fondato esclusivamente su di una concessione statale. Il fatto poi che questa concessione vada a beneficio non di semplici uffici interni dell'amministrazione statale, ma di veri e propri enti, forniti di organizzazione, patrimonio, bilancio e competenze proprie, nulla toglie al carattere interamente derivato di questi ultimi ed alla loro completa inclusione entro la sfera dell'amministrazione esecutiva statale. Ciò provoca un certo riallineamento delle due tradizioni anche sul piano linguistico. L'espunzione di 'autonomia' dal vocabolario giuridico conduce ad un forte rilancio di 'decentramento': vocabolo di uso già comunissimo, sì, nel corso dell'Ottocento liberale, ma che in quella fase, più che

⁽¹³⁵⁾ T. MARCHI, *L'istituto giuridico dell'autarchia*, Modena, Tipografica, 1904, p. 86.

⁽¹³⁶⁾ Ivi, p. 85.

come tipo organizzativo giustapposto ad una articolazione ‘autonomica’ dei poteri locali, era percepito come il mezzo per realizzare pienamente quest’ultima. Ora invece lo ‘sguardo dal centro’ s’impone come unica angolazione possibile per cogliere la dimensione territoriale dello Stato. L’autarchia esiste solo in quanto filiazione del decentramento statale; e quest’ultimo (il decentramento ‘autarchico’, cioè per enti, in contrapposizione a quello semplicemente ‘burocratico’ o per organi, corrispondente alla francese ‘déconcentration’⁽¹³⁷⁾) è il solo modo con cui si può realizzare un certo grado di pluralismo nell’ambito di un’organizzazione pubblica altrimenti coincidente senza residui con la persona statale.

Beninteso: cacciata dalla lingua dei dottori, ‘autonomia’ si avvia a vivere in questi stessi anni una stagione di straordinaria fortuna nell’ambito del linguaggio politico, destinata a proseguire fino alla consolidazione del fascismo. Con la fine dell’Ottocento, del termine si sono infatti impadroniti i grandi movimenti di massa, che lo declinano ora in un senso apertamente polemico nei confronti di uno Stato liberale in cui non si riconoscono più. Il popolo italiano ha una « missione che sembra provvidenzialmente legata alla maggiore espansione della sua autonomia locale », scrive per esempio Toniolo nel ’96: aggiungendo subito che per una vera attuazione delle autonomie comunali non solo si deve riconoscere che « la esistenza giuridica dei Comuni non è filiazione dello Stato », ma occorre anche assegnare agli enti minori la generalità dei compiti pubblici, lasciando al centro quelli soltanto che non possano « adempiersi adeguatamente se non prescindendo dalle varietà locali »⁽¹³⁸⁾. L’idea stessa di promuovere, nel 1901, quella Lega tra i Comuni del regno da cui trarrà origine l’ANCI, nasce dall’urgenza di rivendicare

⁽¹³⁷⁾ Termine, quest’ultimo, coniato dalla dottrina d’oltralpe in margine al decreto napoleonico del 25 marzo 1852, col quale, sotto la copertura di un provvedimento per la « décentralisation », si accrescevano in realtà soltanto le competenze prefettizie a detrimento di quelle dei ministeri e del governo centrale (G. SAUTEL, *Vocabulaire et exercice du pouvoir administratif: aux origines du terme ‘déconcentration’*, in *Mélange Burdeau*, cit., pp. 981-989).

⁽¹³⁸⁾ G. TONIOLO, *Precisazioni sulle autonomie comunali. Osservazioni e discussioni durante il secondo congresso cattolico italiano* (1896), in Id., *Democrazia cristiana. Istituti e riforme*, Città del Vaticano, Comitato Opera omnia Giuseppe Toniolo, vol. II, 1951, pp. 40-43.

una « autonomia tributaria e amministrativa » fin lì inesistente e pur « necessaria alla funzione economica [...] del Comune moderno »⁽¹³⁹⁾. Così ancora, per Salvemini la parola si coniuga con lo sradicamento dei controlli tutori, con l'« abolizione delle province e delle prefetture » e con una nuova legislazione che limiti l'intervento dello Stato nella vita dei Comuni ai soli casi eccezionali accertati con legge speciale del Parlamento⁽¹⁴⁰⁾. « I Comuni han perduto interamente la loro autonomia, la loro personalità », denuncia Sturzo nel 1902: e soltanto una aperta ribellione contro questo « immenso organismo moderno che si chiama Stato » — « enorme piovra [...] che assorbe la vita comunale e la riduce a carattere politico » — potrà reintegrarli nei loro diritti⁽¹⁴¹⁾.

Cultura giuridica e dibattito politico imboccano dunque, a questa altezza, due percorsi assolutamente divergenti: dando luogo, tuttavia, a una situazione meno contraddittoria di quanto possa apparire. Nel passaggio, infatti, da un'amministrazione notabiliare ad una primissima forma di governo di partito, 'autonomia' si è infatti caricata per tutti di una connotazione del tutto nuova rispetto alla prima età liberale. Essa non esprime più il positivo godimento, da parte degli enti locali, di quella circoscritta capacità di autogoverno loro riconosciuta fin dall'unificazione, ma l'aspirazione a trasformare Comuni e Province nei teatri di una nuova politica, decisamente alternativa a quella di un centro ancora quasi del tutto sordo ai richiami della società di massa. La differenza è che i giuristi ritengono che, proprio per questo, il concetto sia costituzionalmente incompatibile con la cornice del loro Stato moderno-contemporaneo, personalizzato, compatto e monocefalo; mentre i vari gruppi mobilitati in suo sostegno ne denunciano la negazione da parte di quello Stato stesso come un intollerabile abuso.

⁽¹³⁹⁾ Così la celebre delibera del Consiglio comunale di Parma approvata il 23 febbraio 1900, in *Per la storia dell'ANCI*, a cura di R. Ruffilli, M.S. Piretti, Roma, edizioni ANCI, 1986, p. 193.

⁽¹⁴⁰⁾ G. SALVEMINI, *L'autonomia comunale e il prossimo congresso di Parma*, (1901), ancora in *Per la storia dell'ANCI*, cit., p. 198.

⁽¹⁴¹⁾ L. STURZO, *Programma municipale*, relazione al 1° convegno dei consiglieri cattolici siciliani, novembre 1902, in Id., *La regione nella nazione, Opera omnia*, vol. XI, Bologna, Zanichelli, 1974, pp. 119-120.

Difficile penetrare fino in fondo le ragioni che spinsero la giuspubblicistica italiana verso una chiusura così radicale nei confronti della nostra espressione, sottoscritta senza riserve anche da giuristi ben difficilmente sospettabili di atteggiamenti statolatrici (basti pensare a Silvio Trentin, che ancora nel 1924, poco prima di prendere la via di un esilio che lo avrebbe portato a divenire uno dei padri del pensiero federalista italiano, sentiva il bisogno di spiegare in una importante prolusione come ‘autonomia’ fosse nozione per sua natura incompatibile con la posizione di qualunque ente diverso dallo Stato e che solo ‘autarchia’ riuscisse ad esprimere correttamente il rapporto tra quest’ultimo e le collettività minori ⁽¹⁴²⁾). È ovvio, comunque, che un ruolo decisivo nel determinare un allineamento tanto generale dovette giocare lo spiccato tecnicismo di ‘autarchia’, che in una stagione di fortissima specializzazione disciplinare non poteva non esercitare una irresistibile attrazione sui nostri giuristi. Proprio per questo, d’altra parte, ‘autonomia’ non scomparve mai del tutto dal loro vocabolario. Se ‘autarchia’, infatti, era termine assolutamente idoneo ad indicare tutta l’attività strettamente amministrativa degli enti locali, a carattere ‘provvedimentale’, proprio sul piano tecnico essa risultava meno soddisfacente se riferita alla loro funzione normativa. Nel momento in cui un Comune emanava un regolamento, era innegabile che esso producesse piuttosto un ‘νόμος’ che un ‘αρχή’: per cui sembrò a molti naturale (a partire dallo stesso Romano) recuperare la nozione di autonomia per coprire appunto l’attività di normazione subordinata affidata dallo Stato a Comuni e Province. In questo senso, gli enti locali ‘autarchici’ continuavano ad essere, in qualche misura, *anche* ‘autonomi’ fintanto che ad essi fosse conservata una certa potestà regolamentare propria (come scriveva Guido Zanobini nel 1931, «l’autonomia ha, infatti, nella funzione

⁽¹⁴²⁾ S. TRENTIN, *Autonomia - Autarchia - Decentramento*, ora in Id., *Politica e amministrazione. Scritti e discorsi 1919-1926*, a cura di M. Guerrato, Marsilio, Venezia, 1984, pp. 335-373. Citando Gioberti, in particolare, Trentin rilevava come «all’idea di autonomia [fosse] connaturata sempre, a guisa di elemento peculiare, la facoltà [...] di non pigliare altronde la propria legge e i beni che ne conseguono, nonché di governare gli enti subordinati comunicando loro la norma delle operazioni [...] La vera autonomia non può, adunque, concepirsi se non riferita allo Stato, la cui caratteristica appunto risulta sempre espressa dalla indipendenza sovrana del suo volere» (p. 338).

legislativa, la stessa posizione che l'autarchia in quella amministrativa » (143)).

Grosso modo questa è la portata semantica che il nostro termine continua a presentare fino alla fine del ventennio fascista. Un esempio per tutti è fornito dal *Dizionario di politica* del PNF del 1940, che dedica a 'autonomia' due voci correlate, redatte rispettivamente da Carlo Costamagna per il versante costituzionale e da Pietro Bodda per quello amministrativo. Chiarito in premessa, da Costamagna, che nell'ambito di una concezione « unitaria e totalitaria della comunità nazionale, il concetto di autonomia non può avere più il valore di un principio costituzionale », giacché « il sistema gerarchico e centralizzato dello Stato fascista non poteva più ammettere che le 'autorità locali' restassero fuori dai suoi quadri », Bodda precisava invece che per gli amministrativisti continuavano a darsi due nozioni di autonomia — l'una più generica, corrispondente alla capacità normativa riconosciuta dall'ordinamento a soggetti istituzionali diversi dal legislatore, e l'altra invece più specifica, riferita agli enti territoriali e funzionali, e definibile come quella « potestà che certi soggetti hanno di emanare norme giuridiche materiali che vengono a far parte dell'ordinamento complessivo dello Stato » (144). Se dunque autonomia continua a occupare un qualche spazio, esso appare rigorosamente circoscritto ad una facoltà regolamentare priva di ogni valenza costituzionale e collocata a latere della potestà di amministrazione autarchica. In questo contesto, l'unica dimensione in cui la cultura accademica italiana poteva ancora coltivare un suo interesse per l'autonomia territoriale era quella della comparazione costituzionale: come testimonia il saggio di Gaspare Ambrosini del 1933 sulla forma di Stato della Repub-

(143) G. ZANOBINI, *Caratteri particolari dell'autonomia* (1931), ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 278; linea che era stata anticipata da Romano l'anno precedente, anche se in modo incidentale, discutendo la questione della natura dei contratti collettivi di lavoro, osservando che « secondo noi, è autonomia non solo quella di enti pubblici diversi dallo Stato, che del resto si può esplicitare con la forma del regolamento, ma anche il potere regolamentare degli organi dello Stato » (S. ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche* (1930), ora in ID., *Scritti minori*, cit., pp. 295-296).

(144) *Autonomia, ad vocem*, in *Dizionario di Politica*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia giuridica, 1940, vol. I, pp. 252-254.

blica spagnola, celebre per aver affacciato per la prima volta nella nostra letteratura il concetto di Stato regionale ⁽¹⁴⁵⁾. Definendo la Repubblica, fin dal suo primo articolo, come « uno Stato integrale compatibile con l'autonomia dei municipi e delle regioni », il testo costituzionale spagnolo del 1931 recupera, secondo Ambrosini, alcuni tratti tipici degli ordinamenti basso-medievali, secondo la presentazione correntemente accolta dalla coeva storiografia ⁽¹⁴⁶⁾. Al pari di quei loro lontani progenitori, anche i municipi e le regioni spagnole si presentano come soggetti collettivi che lo Stato non 'crea', ma 'riconosce', e che risultano quindi titolari di 'diritti proprii' dei quali il legislatore ordinario non può disporre. Del tutto inapplicabile a questa nuova realtà, in particolare, risulta il concetto di 'decentramento', che implica un abbandono dell'ente minore alla « disposizione completa e all'assoluta mercé » dello Stato, mentre qui esso si configura come una « entità politica » dotata di « una propria individualità e di una propria volontà, che sta, se pur con subordinazione, di fronte a quella dello Stato, e che lo Stato non può sopprimere o violare fin quando dura in vita la costituzione » ⁽¹⁴⁷⁾. E tuttavia, proprio questo suo riproporre lo schema di un ordinamento prestatuale porta l'autore a vedere in una soluzione del genere un « sistema [...] destinato ad agire solo in una fase transitoria », per poi sciogliersi necessariamente in uno Stato accentrato o federale ⁽¹⁴⁸⁾. L'idea di un ordinamento politico plurale, i cui singoli elementi costitutivi non abbiano ancora però « tutti i requisiti per

⁽¹⁴⁵⁾ G. AMBROSINI, *Un tipo di Stato intermedio tra l'unitario' e il 'federale, caratterizzato dall'autonomia regionale'*, in « Rivista di diritto pubblico » (1933), p. 92 e ss., ora in ID., *Autonomia regionale e federalismo. Austria, Spagna, Germania, URSS*, Roma, Edizioni italiane, 1950, pp. 7-15.

⁽¹⁴⁶⁾ Importante, nella costruzione di Ambrosini, il riferimento allo storico del diritto Arrigo Solmi, che aveva esplicitamente indicato tutta quanta la fase comunale come un « periodo dell'autonomia », individuata da due elementi costitutivi, « l'uno espresso nell'idea della libertà e della spontaneità di formazione e di sviluppo; l'altro rappresentato da un principio di concessione e di limite, derivante da un'autorità superiore » (A. SOLMI, *Storia del diritto italiano* (1^a ed. 1927), Milano, Società editrice libraria, 1930, p. 411).

⁽¹⁴⁷⁾ AMBROSINI, *Un tipo di Stato intermedio*, cit., p. 13.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*.

entrare nella categoria degli Stati membri »⁽¹⁴⁹⁾, attribuisce a questo tipo di figura un carattere in qualche modo provvisorio. L'autonomia, insomma, appunto in ragione della sua radice antica, difficilmente può corrispondere per il giurista ad un assetto pienamente compatibile col tempo presente, né tantomeno rappresentare un principio *generale* di costruzione dello spazio politico.

È appunto su posizioni di questo tipo che troviamo ancora collocata, all'inizio, la gran parte dei giuristi presenti alla Assemblea Costituente. Nel clima dell'immediato dopoguerra, certo, 'autonomia' torna ad essere d'un tratto una delle parole-chiave del lessico politico, con la quale non è possibile ora non confrontarsi seriamente (tra i primissimi ad accorgersene, com'è noto, è proprio Romano, che nell'aprile del '45 dedica al lemma una lunga, densa voce del suo *Dizionario* ⁽¹⁵⁰⁾). Per un buon tratto, tuttavia, l'orientamento prevalente, condizionato dalla tradizione prebellica di cui si è appena detto — quella, per intenderci, della 'autonomia'-'autonormazione' —, a tutto pensò meno che ad assegnare alla nozione un ruolo-chiave sul piano della fondazione del nuovo Stato. Prendiamo, per esempio, il primo schema di progetto di quello che sarebbe poi diventato il Titolo V della Costituzione, redatto nell'autunno del 1946 da dieci membri della seconda sottocommissione dei Settantacinque. In esso, non solo non vi è la minima traccia dei principi generali contenuti nell'attuale art. 5 della Costituzione, ma la stessa qualifica di 'enti autonomi' è riservata soltanto alle future amministrazioni regionali (art. 2), che si era già convenuto di dotare di vere e proprie competenze legislative, mentre i Comuni sono ancora indicati come 'enti autarchici'(art. 18) ⁽¹⁵¹⁾. Ambrosini stesso, presidente del Comitato dei dieci che aveva redatto quel progetto,

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi, p. 14.

⁽¹⁵⁰⁾ *Frammenti di un dizionario giuridico* [1947], Milano, Giuffrè, 1953², pp. 14-30.

⁽¹⁵¹⁾ *Schema di progetto elaborato dal Comitato di redazione per l'autonomia regionale*, consultabile on line in www.archivio.camera.it, *Assemblea Costituente (1946-1948), Documenti collegati a 'Comitato di redazione' - Progetto di Costituzione - Ordinamento regionale* (di seguito si trovano qui anche i verbali del successivo Comitato dei Diciotto sulla medesima materia); il documento è anche riprodotto in G. AMBROSINI, *Relazioni e discorsi parlamentari*, Palermo, Ires, 1953, pp. 39-40. Delle Province niente si diceva nel testo in quanto, a questo stadio dei lavori, esse erano ancora configurate

difese fermamente questa scelta linguistica di fronte alla Commissione dei Settantacinque contro Oliviero Zuccarini, che chiedeva invece di attribuire anche ai Comuni una piena « autonomia », sostenendo che, « mentre per autarchia si intende la potestà degli enti di amministrarsi da se stessi liberamente, di autogovernarsi, per autonomia si intende la potestà di dettarsi norme proprie, di crearsi un proprio diritto e perfino di autorganizzarsi. La prima è una potestà amministrativa, la seconda legislativa » (152). Riconoscere quindi a qualsiasi collettività territoriale la titolarità di un potere siffatto avrebbe implicato il rischio di un ritorno al medioevo. Come formula di mediazione tra le due posizioni, Mortati, appoggiato da Codacci Pisanelli, propose nella medesima seduta di definire i Comuni come « enti autarchici dotati di autonomia » — formula che permetteva di circoscrivere meglio le attribuzioni normative loro conferite in aggiunta alla loro vocazione ‘naturalmente’ autarchica — e su questa scelta si concluse sostanzialmente il dibattito in Commissione. Fu solo il cosiddetto Comitato dei Diciotto, incaricato tra il dicembre '46 e il gennaio '47 di mettere a punto il progetto definitivo per l'Assemblea, a maturare una decisa svolta lessicale, di cui tuttavia è impossibile ricostruire in specifico le tappe data l'assenza di verbali del Comitato stesso. Di certo, si sa solo che questo organismo cassò dal progetto ogni riferimento all'autarchia, dichiarando i Comuni « autonomi nell'ambito dei principi fissati dalle leggi della Repubblica », e soprattutto introdusse, in apertura al Titolo V, la norma che poi sarebbe divenuta l'attuale art. 5 (« La Repubblica italiana, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali. Attua, nei servizi che dipendono dallo Stato, un ampio decentramento amministrativo. Adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento » (153)). L'opportunità di inserire una norma di principio del genere era emersa nel corso delle discussioni dei Settantacinque, ma

come semplici circoscrizioni di decentramento regionale e non come soggetti dotati di personalità giuridica.

(152) Seduta del 6 dicembre 1946, in www.nascitacostituzione.it, art. 128 cost.

(153) Si trattava dell'art. 106 del progetto (sempre in www.nascitacostituzione.it, art. 5); una versione leggermente diversa, ma solo per quanto riguarda l'ultimo comma, è conservata nelle bozze del Comitato dei Diciotto.

solo con riferimento « al principio di un largo decentramento amministrativo » e limitatamente, tra l'altro, ad una sua collocazione fra le disposizioni transitorie ⁽¹⁵⁴⁾. Fu dunque il Comitato a compiere quella coraggiosa « generalizzazione dogmatica » del concetto di autonomia che alcuni studiosi erano venuti auspicando già nel corso del 1946 ⁽¹⁵⁵⁾ e che si accompagnò alla contestuale enunciazione del distinguo categoriale autonomia/decentramento così come ancor oggi lo si conosce in Italia ⁽¹⁵⁶⁾. Per consolidare, peraltro, la propria posizione in Costituzione, 'autonomia' avrebbe dovuto superare ancora la prova di un'aula assembleare nient'affatto persuasa della sua superiorità concettuale su autarchia (si pensi alla seduta del 17 giugno 1947, quando toccò a Meuccio Ruini di bloccare un tentativo di reintrodurre la formula dei « Comuni autarchici » rivendicando l'appartenenza di 'autonomia' ad una gloriosa tradizione linguistica nazionale rispetto alla quale l'autarchia romaniana aveva segnato soltanto una « discutibilissima » deviazione ⁽¹⁵⁷⁾); mentre lo sposta-

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr., per tutte, la seduta conclusiva del 28 novembre '46, in cui Terracini si prese l'impegno di far introdurre questa norma nel testo definitivo del progetto.

⁽¹⁵⁵⁾ Pensiamo all'alto funzionario del Ministero dell'Interno Luigi Gioenco, autore di una serie di articoli pubblicati nel corso del '46 sul tema appunto delle libertà locali (L. GIOVENCO, *Autarchia amministrativa e governo locale - Cap. VI*, in « Corriere amministrativo », 1946, p. 49).

⁽¹⁵⁶⁾ Tutto ciò che sappiamo sulle ragioni che condussero alla formulazione della norma è consegnato a una scarna nota che si trova apposta accanto alla prima versione dell'attuale art. 5 nelle bozze di lavoro del Comitato dei Diciotto, accompagnata dalla glossa manoscritta « concordato provvisoriamente in riunioni parziali »: « Non sembra inopportuna, anche per lo stile della Costituzione in altre sue parti, una affermazione generale, trasportando qui gli accenni che fa il testo della seconda Sottocommissione in altri suoi articoli, al decentramento burocratico ed ai nuovi criteri che si dovranno seguire nella legislazione, e che, riducendo il contenuto delle leggi generali a principii essenziali, agevoleranno lo svolgimento della funzione legislativa » (www.archivio.camera.it, *Assemblea Costituente (1946-1948), Documenti collegati a 'Comitato di redazione' - Progetto di Costituzione - Ordinamento regionale*).

⁽¹⁵⁷⁾ « In Italia si è sempre parlato di enti autonomi » — rilevò in quella occasione il Presidente della Commissione dei Settantacinque — e benché sia poi « venuto uno scienziato eminente, il Santi Romano, che ha fatto una teoria dell'autarchia, teoria discutibilissima, che può essere accettata o no in sede dottrinale », il termine più antico risulta di gran lunga preferibile perché ancorato al « solido terreno della tradizione legislativa e politica » (www.nascitacostituzione.it, art. 129, seduta cit.; GUSTAPANE, *Profilo storico*, cit., p. 208). Un caso, si potrebbe dire, di felice 'reinvenzione' della

mento della norma generale sulle autonomie dal titolo V alla sua sede attuale, nell'ambito dei principi fondamentali, fu realizzata evitando di consultare direttamente l'Assemblea e rimettendone il compito alla Commissione di coordinamento in sede di revisione finale del testo, a discussioni ormai chiuse ⁽¹⁵⁸⁾.

L'esito della vicenda, certo, non fu casuale e rivela come una parte cospicua della dottrina guardasse ormai decisamente oltre la forma di Stato prefascista. E tuttavia, si sa, ancora per un buon ventennio 'autonomia' venne tenuta accuratamente ai margini del linguaggio amministrativo grazie a una lettura che la riduceva a potestà normativa indiretta dello Stato, facendone così semplicemente la sorella povera della vecchia autarchia ⁽¹⁵⁹⁾. Per niente turbati dall'accoglimento del lemma in costituzione (« le parole contano poco: occorre intendersi sul loro significato » ⁽¹⁶⁰⁾) i giuristi della stagione della inattuazione continuarono a far blocco sull'immagine di uno Stato amministrativo che non poteva consentire agli enti locali di sganciarsi dal proprio tronco. « Sarebbe un'impresa bizantina indugiare sulle varie accezioni dell'autonomia », scriveva per esempio Giuseppino Treves ancora nel '57, rilevando che l'unico senso giuridicamente rilevante del termine era quello di « un'attività legislativa o normativa » subordinata, quale da sempre era stata

tradizione, dal momento che anche autonomia, pur essendo di certo più risalente della sua concorrente concettuale, non poteva vantare poi un'anzianità assoluta incomparabilmente maggiore dell'altra.

⁽¹⁵⁸⁾ www.nascitacostituzione.it, art. 5, seduta del 27 giugno 1947: a richiedere lo spostamento era stato il repubblicano Tommaso Perassi, mentre fu Terracini, come Presidente dell'Assemblea, a rimettere la questione al Comitato di coordinamento.

⁽¹⁵⁹⁾ Per tutti, A. PUBUSA, *Sovranità popolare e autonomie locali nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 62-67, con riferimenti alla letteratura del periodo; ma sulla contrastata fortuna del concetto tra Costituente e centrismo, cfr. ora soprattutto P. AIMO, *L'idea di autonomia nelle riviste giuridiche (1946-1953)*, in *Le autonomie locali dalla Resistenza alla I legislatura della Repubblica*, a cura di P.L. Ballini, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, pp. 3-44, da cui si evince come gran parte dei tecnici continuino a considerare in questi anni 'autonomia' come una locuzione « volgare », o quantomeno « poco ortodossa », se non addirittura come una « pietosa bugia » del costituente, subito smentita dalla dura lezione dei fatti a cui il giurista non può non prestare tutto il suo ossequio.

⁽¹⁶⁰⁾ G. TREVES, *Autarchia, autogoverno, autonomia*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », VII (1957), p. 291.

riconosciuta « a qualsiasi ente pubblico »⁽¹⁶¹⁾. « L'autonomia dunque — poteva concludere il nostro giurista — non si distingue per requisiti sostanziali dalla potestà regolamentare dello Stato » e si configura piuttosto come un semplice attributo aggiuntivo dei soggetti autarchici⁽¹⁶²⁾.

Furono singole voci, come quelle di Esposito, di Giannini o più tardi di Benvenuti, ad attribuire poco per volta al vocabolo un significato ben più ampio di quello, tutto tecnico e interno al vecchio sistema, di auto-normazione. Autonomi *ex art. 5*, cominciarono a insegnare questi giuristi, non sono gli enti « che possono emettere in qualche caso sporadico atti normativi », com'è da sempre accaduto in una forma o nell'altra, ma solo quelli « posti in grado di disciplinare in concreto tanta materia e in maniera tanto organica che ne sorgano ordinamenti particolari entro l'ordinamento territoriale dello Stato »; ovvero ancora enti che « siano così fatti e organizzati, e abbiano tanto potere, da assurgere a centro di vita effettiva ed individuata nella vita dello Stato », esercitando un'azione « rispondente ai principi e alle direttive prevalenti tra gli uomini che vivono sul territorio »⁽¹⁶³⁾. Il riferimento alla potestà normativa, al gesto del normare, vale dunque come semplice spia di una ben più ampia capacità kantiana di auto-determinarsi inerente ad ogni collettività locale e tale da conferire ad essa il carattere di un ordinamento proprio⁽¹⁶⁴⁾. Una ridefinizione del lemma, questa, che a sua volta s'innesta su un'immagine del rapporto costituzione/amministrazione completamente rovesciata rispetto a quella della tradizione prefascista e di cui Feliciano Benvenuti ebbe ad offrire forse la formalizzazione più felice attraverso la nota figura dell'« ordinamento

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, p. 292. Nello stesso senso autorevolmente, e in conformità con la dottrina da lui stesso svolta nel 1930, G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, vol. IV, poi in *Id.*, *Scritti vari*, cit., p. 273 e ss.

⁽¹⁶³⁾ C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5*, in *Id.*, *La costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, pp. 78-80.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. ancora in questo senso M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I (1951), pp. 852-833, e in modo ancor più esplicito *Id.*, *Autonomia pubblica, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, 1959, pp. 364-365.

repubblicano » (« la nuova Costituzione ha, in realtà, profondamente innovato nella struttura dello Stato, introducendo la concezione di un ordinamento repubblicano che corrisponde all'insieme dei soggetti che agiscono nell'ambito della comunità, sicché lo Stato, come persona giuridica, non è più oggi l'ente sommo e comprensivo titolare sostanziale della sovranità, ma è dato dalla somma di tutti quei soggetti e, primi fra tutti, dagli enti locali » (165)).

È l'inizio di una nuova stagione, nel corso della quale 'autonomia' si riconquista un posto di prima fila non solo nell'ambito del lessico amministrativo, ma anche di quello costituzionale. La dottrina italiana, infatti, sollecitata da un movimento trasversale d'opinione che a partire dalla metà degli anni Sessanta identifica anzitutto la riforma dello Stato nella realizzazione di una vera « Repubblica delle autonomie » (166), accantona gradualmente le proprie riserve nei confronti della nostra nozione, convertendosi ad uno « Stato a democrazia pluralistica » basato sul principio della « non-sufficienza dei centri » (167) e nel quale tutto il governo locale viene ripensato secondo forme ormai affrancate dalla sua antica assimilazione alla amministrazione statale (168).

6. *Gli itinerari del presente: quale futuro per 'autonomia' nello scenario dell'arena pubblica'?*

Del tutto inconferente, rispetto a un'indagine sui lessici, sarebbe qui soffermarsi sull'almeno trentennale lavoro che ha portato

(165) F. BENVENUTI, *Le autonomie locali nello Stato moderno*, in « Il nuovo osservatore », 1962, n. 6, p. 458 e ss., ora in Id., *Amministrazione pubblica e autonomie locali*, a cura di E. Rotelli, Milano, ISAP, 2010, p. 247.

(166) Espressione resa popolare, com'è noto, dall'omonimo volume del dirigente comunista Enzo Modica (Roma, Editori Riuniti, 1968), il cui orientamento è ulteriormente chiarito da un eloquente sottotitolo: « Momenti di dibattito e di azione politica per le regioni e le autonomie locali, contro il vecchio e il nuovo centralismo burocratico e autoritario ».

(167) L. ARCIDIACONO, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento. Profili dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 8 e 68.

(168) In quest'ultimo senso fondamentale è risultato, com'è noto, il contributo di Giorgio BERTI, *Caratteri dell'ordinamento comunale e provinciale*, Padova, Cedam, 1969.

i giuristi italiani, dall'introduzione delle Regioni in poi, a trarre tutti i possibili corollari da questa nuova nozione di autonomia come piena potestà di autodeterminazione politica degli enti territoriali. Un esame del genere poco o nulla aggiungerebbe ai profili semantici di cui abbiamo già segnalato il contenuto. Parimenti errato, tuttavia, sarebbe fermarci qui, assumendo come punto d'arrivo del nostro percorso l'autonomia degli anni Sessanta-Settanta. Come tutti sanno, infatti, le trasformazioni istituzionali degli ultimi due decenni hanno modificato non poco il profilo della forma di Stato italiana rispetto al suo originario disegno costituzionale. E questi sviluppi, per quanto non abbiano prodotto una precisa ridefinizione del nostro concetto (né siano forse in grado di produrla), hanno comunque lasciato traccia nel modo in cui i giuristi lo hanno riletto. Il nocciolo di questa trasformazione si può riassumere nel passaggio da un'autonomia *bilaterale* a un'autonomia *reticolare*: cioè, nel progressivo sbiadire dell'immagine originariamente caratteristica della nozione — quella di un ente superiore che riconosce una certa sfera di autogoverno ad un ente subordinato — a favore di un'altra, in cui questo riconoscimento è compiutamente operato dalla costituzione stessa e in cui quindi ogni ente autonomo lo è già, *ipso iure*, non solo verso lo Stato, ma anche verso tutti gli altri.

Fino alla prima metà degli anni Novanta, la nostra dottrina è ancora ferma alla prima delle due figure. Autonomia, scrive per esempio l'amministrativista Alberto Romano in una nota voce enciclopedica dell'87, è sì una « situazione all'interno di una relazione, di un rapporto »: ma essa stessa è il frutto di una « derivazione » o di un « riconoscimento » da parte del soggetto eminente di quel rapporto — lo Stato sovrano —, che in un modo o nell'altro continua quindi ad esercitare un potenziale dominio sull'ordinamento inferiore ⁽¹⁶⁹⁾. Ora, è proprio questo che una parte crescente della dottrina avverte come dissonante rispetto al tenore di un articolo 5 della Costituzione in cui ora si legge una promessa di rinnovamento molto più avanzata e solo in parte mantenuta dalle altre disposizioni della Carta. « Al fondo — scriverà qualche anno dopo Paolo Caretti — ciò che prevale, almeno nelle disposizioni del Titolo V della

⁽¹⁶⁹⁾ A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto quarta edizione, Discipline pubblicistiche*, vol. II, Torino, UTET, 1987, p. 33.

Costituzione, è una concezione dell'autonomia come eccezione rispetto ad una regola, rappresentata dal principio unitario, la cui tutela si intende riservata al solo livello centrale di governo »⁽¹⁷⁰⁾. La delusione generale per gli esiti di una riforma regionale che pare sfociata solo nella reduplicazione, a livello periferico, di tutti i vizi del vecchio centralismo, spinge a guardare più oltre e a contestare il principio stesso di « un'unità statale intesa come dato a priori » piuttosto che come « elemento da costruire col concorso, sia pure differenziato, di una pluralità di centri di mediazione degli interessi sociali »⁽¹⁷¹⁾. Complice, dunque, anche una scienza politica che ha già da tempo denunciato i limiti epistemologici del concetto di autonomia, proponendone la sostituzione, per quanto di sua competenza, con quelli di 'relazioni intergovernative' o di 'multilevel governance'⁽¹⁷²⁾, la giuspubblicistica italiana di questi anni prende le distanze in modo sempre più netto da un'autonomia di stampo ottocentesco, « legittimata all'azione da una sorta di delega da parte del potere sovrano », per cercare invece di pensare la nostra nozione al di fuori dello schema stesso della sovranità⁽¹⁷³⁾. L'occasione decisiva si offre col Trattato di Maastricht del 1992: che pur non incidendo immediatamente sull'ordinamento amministrativo interno degli Stati dell'Unione introduce però nel dibattito una nozione — quella di sussidiarietà — di cui i giuristi s'impossessano subito per risagomare il contenuto della loro vecchia autonomia. « Il significato vero della sussidiarietà » — scrive per tutti Feliciano Benvenuti attorno al 1995, nel dichiarare che il principio deve intendersi a tutti gli effetti contenuto nell'art. 5 della Carta repubblicana — è di presupporre, « come momento fondamentale, quello dell'autogenesi dell'autonomia » e di restringere dunque « i poteri dell'amministrazione statale alla funzione di sostenere, ma non anche di imporre o consentire, le decisioni che riguardano la vita, i bisogni, gli interessi

⁽¹⁷⁰⁾ P. CARETTI, *La riforma del sistema delle autonomie. Per una rifondazione del principio di unità dello Stato*, in « Le Regioni », XXII (1995), p. 713.

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷²⁾ Cfr. per es. B. DENTE, *Governare la frammentazione. Stato, Regioni ed enti locali in Italia*, Bologna, il Mulino, 1985, pp. 22-31.

⁽¹⁷³⁾ Così un vecchio campione della battaglia autonomistica degli anni Sessanta come Giorgio Bertì: G. BERTÌ, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, p. 261.

delle società autonome » (174). La sussidiarietà, in effetti, fornisce la leva per sottrarre definitivamente allo Stato il potere di definire quale debba essere, di volta in volta, il contenuto concreto dell'autonomia e trasforma appunto quest'ultima in una condizione 'auto-genetica', capace di realizzarsi senza più bisogno di alcuna derivazione. Il criterio sussidiaristico, infatti, una volta recepito dall'ordinamento (come comincerà ad avvenire di lì a poco con la legge Bassanini del '97), permette di superare finalmente il concetto di una autonomia intesa come semplice libertà di amministrare all'interno del « campo lasciato libero dalla legge » e di chiudere dunque la lunga stagione in cui essa ha costituito più « un oggetto dell'azione legislativa » che « un limite alla discrezionalità del legislatore » (175). L'amministrazione locale non è più autonoma, ora, per effetto di « una limitazione che la legge impone a se stessa » (176), ma in virtù di un principio oggettivo di ordine costituzionale, che assegna ad ogni collettività territoriale una sfera di competenze proprie in ordine alla soddisfazione di tutti quei bisogni che non richiedano l'intervento di un livello superiore di governo. La riforma del Titolo V, approvata nel marzo del 2001, porta a compimento questo processo, costituzionalizzando il principio di sussidiarietà e sancendone l'applicazione non ai soli rapporti tra Stato nazionale e enti di penultimo livello (come accade nello schema classico dello Stato federale), ma a tutte quante le collettività territoriali, ordinate ora secondo una sequenza ascendente che sottolinea il definitivo rifiuto della vecchia immagine gerarchica dell'ordinamento (« Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane,

(174) F. BENVENUTI, *Intervento, in Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Roversi Monaco, Milano, Maggioli, 1997, p. 50 (il convegno di cui il volume raccoglie gli atti si era tenuto due anni prima). « Il centro di gravità del sistema », aggiunge Benvenuti, risulta ora spostato « dallo Stato centralistico e onnipresente ad uno deconcentrato, fondato su una rete di amministrazioni che non devono essere fondate, ma autofondarsi » (p. 49).

(175) G. ROLLA, *L'autonomia costituzionale delle comunità territoriali. Tendenze e problemi*, in *Principio di autonomia e forma dello Stato. La partecipazione delle collettività territoriali alle funzioni dello Stato centrale nella prospettiva comparata*, a cura di T. Groppi, Torino, Giappichelli, 1998, p. 17.

(176) *Ibidem*.

Regioni e Stato, sulla base dei principî di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza»: art. 118). Ed è appunto al termine ‘autonomia’ (ricorrente ben nove volte nel testo attuale, di contro alle quattro del precedente) che il nuovo modello soprattutto si affida per definire se stesso, a partire dalla nota formulazione dell’art. 114 (« I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principî fissati dalla Costituzione »). Se a ciò si aggiunge che il nuovo testo unico del 2000 sull’ordinamento degli enti locali, riabilitando un termine lungamente bandito dal nostro linguaggio legislativo quale quello di « comunità », aveva già riferito ‘autonomia’ non più agli enti pubblici territoriali, ma appunto alle ‘comunità’ ad essi sottostanti, che nella loro originarietà diventano ora le vere protagoniste della nuova scena istituzionale (« le comunità locali, ordinate in Comuni e province, sono autonome »⁽¹⁷⁷⁾), si può capire come l’inizio del nuovo secolo abbia segnato l’avvio di una specie di seconda giovinezza per il nostro vocabolo⁽¹⁷⁸⁾. Ad una vecchia nozione rivendicativa dell’autonomia, funzionale ad affermare i diritti dei corpi locali nei confronti di un sovrastante Stato sovrano, se ne sostituisce un’altra, che non solo dà per acquisita a priori l’esistenza di quei corpi, ma anche il tipo e la quantità di compiti spettanti a ciascuno di essi, e toglie così allo Stato (ora divenuto uno dei tanti soggetti dell’ordinamento) ogni pretesa di candidarsi a garante dell’interesse generale. Lo stesso testo dell’art. 5 si apre a una nuova lettura. Mentre il celebre incipit di quella disposizione (« La Repubblica [...] riconosce e promuove le autonomie locali ») sembra riferirsi ancora ad un’autonomia vecchio stile, di tipo essenzialmente difensivo, il nucleo forte della norma viene ora individuato nell’impegno della Repubblica stessa ad « adeguare i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell’autonomia e del

⁽¹⁷⁷⁾ Legge 18 agosto 2000, art. 3, 1° co.

⁽¹⁷⁸⁾ In tale nuovo quadro, « l’autonomia non definisce tanto il modo di organizzarsi di un ente, né qualifica la sua posizione all’interno dell’organizzazione statale, piuttosto rappresenta il modo di organizzarsi sul territorio di una determinata comunità, di una porzione di popolo, fornita di propria identità » (G. ROLLA, *Il difficile equilibrio tra autonomia ed unità nel regionalismo italiano*, in *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, a cura dello stesso, Torino, Giappichelli, 2004, p. 6).

decentramento ». Divenuta, cioè, condizione strutturale dell'ordinamento, l'autonomia non ha più bisogno di essere 'riconosciuta' dall'alto, ma richiede piuttosto di essere gestita in forme adeguate alla sua natura — forme che non cerchino di forzare (verrebbe da dire, *inutilmente*) un assetto sottratto ormai alla disposizione di qualsiasi protagonista ⁽¹⁷⁹⁾. Da un'autonomia bipolare, insomma, come si diceva sopra, siamo passati ad una autonomia relazionale, i cui rapporti « si possono descrivere come un sistema reticolare in cui ogni nodo è un soggetto portatore d'interessi e in cui i rapporti tra i vari soggetti sono potenzialmente infiniti, perché ognuno di essi può collegarsi con gli altri in una molteplicità di combinazioni » ⁽¹⁸⁰⁾. « La nozione di autonomia — si è detto ancora — è mutata ormai definitivamente con l'introduzione del principio di sussidiarietà poiché questo criterio, imponendo l'individuazione dei destinatari delle funzioni in ragione delle azioni da esplicare e del fine da perseguire, è estraneo alla rivendicazione di potere da parte dei diversi livelli territoriali e richiede una valutazione di funzionalità » ⁽¹⁸¹⁾ — anzi, tende a risolversi completamente in una valutazione di questo tipo.

Molti elementi sembrano suggerire, in conclusione, che il percorso storico del nostro concetto sia giunto a un tornante decisivo, nel quale le tensioni che ne hanno accompagnato la storia sono prossime a sciogliersi in una compiuta formalizzazione all'interno della figura del cosiddetto « multilevel constitutionalism ».

Non è però detto che la vicenda sia incamminata verso un esito del genere. L'indebolirsi del paradigma statale, infatti, se per un verso gioca ovviamente a favore di un rafforzamento di 'autonomia', per un altro minaccia di minare le ragioni stesse che stanno all'origine del successo della nozione. Se è vero, in particolare, che 'autonomia' ha fin dall'inizio legato le sue fortune all'affermazione dello Stato, offrendosi come uno dei termini più utili, in Italia

⁽¹⁷⁹⁾ Così, per tutti, G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 179-221.

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁸¹⁾ M. PICCHI, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 577.

almeno, a limitarne la potenziale invasività, non è escluso che il progressivo *evanescere* di quest'ultimo come entità amministrativa possa finire per rendere superfluo un concetto che ha trovato da sempre in questa tensione la sua vera ragion d'essere. Paradossalmente, potrebbe essere proprio la tendenza sempre più diffusa a pensare l'ordinamento non più secondo lo schema tradizionale della piramide di autorità, ma in base, per esempio, a quello elazariano dell'"arena" o della 'matrice' — di gran voga, negli ultimi anni, tra i nostri giuristi — a mettere fuori causa il nostro lemma ⁽¹⁸²⁾. Il modello dello Stato-arena, infatti (che è quello di cui si servono da tempo gli anglosassoni per riferirsi agli ordinamenti federali) ⁽¹⁸³⁾, muove dall'idea di una 'non centralizzazione' strutturale di questo tipo di Stati, che si basano su una « dispersione di poteri tra i vari centri » ⁽¹⁸⁴⁾ regolata in termini convenzionali. In uno scenario del genere, ci si può allora chiedere, sarà ancora utile e significativa una nozione come quella di autonomia, nata storicamente per occupare un'area intermedia tra gli ordinamenti 'decentrati' alla francese (usando ancora le categorie di Elazar) e quelli appunto assolutamente 'non centralizzati' all'americana? Concepita per sfidare continuamente la sovranità dello Stato in nome del diritto delle comunità intermedie ad esistere di per sé, autonomia ha però sempre implicato una piena accettazione della forma unitaria (ed è proprio per questo, anzi, che essa ha finito per costituire, più che un istituto definibile con giuridica esattezza, un concetto dialettico suscettibile di esser colto soprattutto in negativo: non indipendenza, ma 'non-dipendenza'; non libertà, ma 'non-soggezione'; non originarietà, ma

⁽¹⁸²⁾ L'immagine dell'arena, si sa, pur affacciata nel linguaggio della giuspubblicistica italiana nel senso per noi rilevante già a partire dagli anni Novanta, viene per così dire canonizzata da Sabino Cassese in un celebre saggio del 2001 (S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2001, pp. 601-650), benché senza una specifica attenzione al problema dell'assetto territoriale.

⁽¹⁸³⁾ Il suo ideatore, com'è noto, è D.J. ELAZAR, *Exploring federalism* (1987), trad. it. *Idee e forme del federalismo*, a cura di L.M. BASSANI, Milano, Comunità, 1995, spec. pp. 28-33.

⁽¹⁸⁴⁾ Ivi, p. 29.

‘non-derivazione’ etc. ⁽¹⁸⁵⁾). Ora appunto che questa unità dell’ordinamento non è più impersonata dallo Stato, essa dovrebbe scaturire dall’equilibrio immanente alla ‘rete’. Il che vuol dire probabilmente che autonomia, per confermare la sua centralità all’interno del nuovo panorama, dovrebbe cominciare a veicolare, accanto alla sua tradizionale istanza di separatezza, anche un senso forte di condivisione e di corresponsabilità ⁽¹⁸⁶⁾.

Senza addentrarci più oltre sul terreno dei pronostici (tanto più incerti in quanto il quadro dell’attuale crisi mondiale spinge sotto molti profili in senso inverso rispetto alle tendenze centrifughe ora richiamate ⁽¹⁸⁷⁾), chiudiamo invece il nostro excursus ricordando come, a fronte di questo così mosso paesaggio italiano, lo scenario della dottrina francese presenti, per l’ultimo periodo, ben poche novità rispetto al punto in cui lo abbiamo lasciato in chiusura del paragrafo 3. Nonostante, infatti, le importanti trasformazioni a cui l’assetto territoriale è andato anche qui incontro negli ultimi decenni del Novecento (si pensi solo alla riforma regionale del 1982, che ha aggiunto un terzo livello di collettività territoriali ai due precedenti), la nozione di autonomia è rimasta del tutto ai margini del linguaggio amministrativo, completamente schiacciata dall’indiscussa egemonia di ‘décentralisation’.

Vittima dell’inattaccabile postulato per cui « seul l’Etat est une réalité politique », e più in generale dell’assioma che sancisce « une véritable identification entre l’Etat et la politique » ⁽¹⁸⁸⁾, l’autonomia

⁽¹⁸⁵⁾ Così T. GROPPÌ, *‘Autonomia’, ad vocem*, in ID., *Il federalismo*, Bari, Laterza, 2004, p. 27.

⁽¹⁸⁶⁾ Questa sembra essere in qualche modo l’indicazione scaturente dalle analisi del panorama degli ultimi anni, inevitabilmente sensibili soprattutto al senso di precarietà e di incertezza promanante da un sistema che « chiude ad ogni prospettiva di rafforzamento in senso regionale o in senso federale classico », sia alla tedesca che all’americana, e che quindi sembra destinato a trovare solo in se stesso un punto d’equilibrio accettabile (F. PIZZETTI, A. POGGI, *Il sistema instabile delle autonomie locali*, Torino, Giappichelli, 2007).

⁽¹⁸⁷⁾ E se non ridimensiona, quindi, certo rimodella anche il significato della autonomia reticolare di cui si è detto fin qui: L. VANDELLI, *Sovranità e federalismo interno: l’autonomia territoriale all’epoca della crisi*, in « Le Regioni », XL (2012), pp. 844-896.

⁽¹⁸⁸⁾ J. CHAPUISAT, *Autonomie territoriale et régionalisation politique*, in « Actualité juridique. Droit administratif », 1983, n. 2, p. 60.

francese non è mai riuscita a veicolare l'idea di un'attitudine dell'ente locale a perseguire un indirizzo politico proprio, eventualmente anche diverso da quello statale. Il senso del lemma è rimasto quindi circoscritto al significato letterale di capacità normativa, in un'accezione, si potrebbe dire, ancora parzialmente pre-kantiana (189). Ed è appunto di *questa* autonomia che trattano i pochi studi dedicati al tema negli ultimi decenni. I quali si muovono, all'ingrosso, lungo lo stesso sentiero battuto dalla scienza amministrativa italiana avanti la svolta costituente: negando, in particolare, la titolarità di qualsiasi « *pouvoir normatif initial* » — cioè originario — in capo alle « *collectivités territoriales* » ed ammettendole ad esercitare certe potestà normative solo in presenza di una delega legislativa espressa (190). 'Décentralisation', a sua volta, per quanto abbia costituito l'oggetto di un ininterrotto, articolatissimo dibattito dottrinale, conserva tuttora, all'ingrosso, il suo significato di fine Ottocento: quello, cioè, di uno Stato che sceglie di organizzarsi anche per enti, oltre che per organi, continuando tuttavia a considerare le 'personnes morales' costituite fuori di sé come altrettante emanazioni di se stesso e quindi, per esempio, ad esercitare su di esse quella serie di controlli che in Francia non si è mai cessato di ricomprendere sotto il nome di 'tutelle administrative' (benché dal 1982 quest'ultima non si eserciti più secondo le classiche modalità preventive ottocentesche) (191). Una peraltro abbastanza controversa riforma costituzionale del 2003, integrando il primo articolo della

(189) Così, per es., D.G. TSIROPINAS, *Aspects des problèmes de la centralisation et de l'autonomie administratives*, in *Mélanges Sfériades*, Athènes, 1961, vol. II, pp. 733-772, a cui si deve un tentativo di definizione del concetto ancor oggi molto citato.

(190) Questa, almeno, la conclusione dello studio più ampio uscito negli ultimi anni ed appoggiato a un ampio esame delle varie tesi circolanti in dottrina e in giurisprudenza: M. JOYAU, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, L.G.D.J., 1998.

(191) Ancora oggi, per quanto rivitalizzato da una riflessione fattasi particolarmente intensa soprattutto nel corso degli ultimi vent'anni, il « local » continua a presentarsi come il prodotto di « *autant de concessions d'un Centre qui accepte de reculer pour lui faire place, pendant tout le temps où sa propre affirmation directe ne lui semble pas nécessaire* » (J. CAILLOSSE, *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 30.

Costituzione del 1958 — « La France est une République indivisible » — con la precisazione « son organisation est décentralisée », ha definitivamente ribadito questa particolare natura dell'ordinamento, confermando però al tempo stesso il suo carattere strutturalmente monistico ⁽¹⁹²⁾. Né il quadro sembra molto mutato a seguito delle progressiva valorizzazione giurisprudenziale di una formula già contenuta nella Costituzione del 1946 e quindi ripresa anche dalla Carta attuale — quella cioè della « libre administration des collectivités territoriales » ⁽¹⁹³⁾. Tale principio pare corrispondere in sostanza al versante 'politico' della 'décentralisation', ovvero al diritto degli enti locali di gestire i propri affari nei limiti delle loro competenze tramite il sistema elettivo: senza, però, che ciò sconfini in alcun modo in una potestà di auto-organizzarsi e neppure nell'esercizio di un potere regolamentare di ordine generale ⁽¹⁹⁴⁾. Alla fine, dunque, i rari partigiani attuali di una rivitalizzazione di 'autonomie' (i quali pure a buon diritto rilevano come il ricorso a questo concetto sia pressoché inevitabile in ogni tentativo definitivo di 'décentralisation') trovano così pochi appigli a sostegno della loro tesi nel diritto positivo da essere costretti a battere ancora le orme di Béchard, cercando conforto nella memoria storica di un antico regime che ha però il difetto di essere incorso in una negazione definitiva da parte della Rivoluzione ⁽¹⁹⁵⁾.

In conclusione, dunque, fin dal Settecento autonomia ha costituito un vocabolo interessante per chi ambiva a perpetuare in

⁽¹⁹²⁾ Mentre, ovviamente, non vi è alcuna costituzionalizzazione del termine 'autonomie', eccezion fatta per l'art. 74 che la riconosce alle « collectivités d'outre mer » dotate di uno statuto proprio, adottato dal legislatore nazionale su parere delle rispettive assemblee.

⁽¹⁹³⁾ Si tratta degli artt. 34 e 72 della Costituzione del '58: sui quali, per tutti, L. FAVOREU, *Libre administration et principes constitutionnels*, in *La libre administration des collectivités locales*, cit., pp. 63-71.

⁽¹⁹⁴⁾ E meno che mai è riuscito ad incidere sullo stato del lessico amministrativo il contatto col principio di sussidiarietà, che la dottrina francese ha avvertito come, almeno formalmente, poco compatibile con le basi costituzionali del proprio sistema: Y. MENY, *La sussidiarietà in Francia: la sostanza della parola*, in *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, cit., p. 123 e ss.

⁽¹⁹⁵⁾ Pensiamo a S. REGOURD, *L'autonomie communale: des vicissitudes de la théorie juridique aux enseignements de l'histoire*, in « Pouvoirs locaux. Les cahiers de la décentralisation », I (1989), pp. 70-77.

qualche modo, nel seno dello Stato contemporaneo, quella relazione d'inclusione e insieme di separatezza che aveva caratterizzato per secoli la posizione dei corpi territoriali nell'ambito degli ordinamenti premoderni. La fortuna del lemma si è radicata alla confluenza di due tradizioni semantiche — l'una più aderente al suo significato originario di carattere 'internazionalistico', ma appunto per questo incapace di rimuovere dalla sua superficie quella certa opacità che ne aveva accompagnato l'utilizzo nel corso dell'evo antico; l'altra, invece, propria del linguaggio filosofico kantiano e idealista, che a partire dal primo Ottocento ha riverberato sull'uso istituzionale della parola la grande carica vitale di cui essa si era nel frattempo arricchita uscendo dal suo campo d'origine. Come si è visto, Francia e Italia hanno manifestato atteggiamenti diametralmente opposti rispetto all'offerta semantica del nostro termine. L'ordinamento francese, privo di ogni titubanza nel suo accettarsi come sovrana unità politica, ha affidato tutto il suo bisogno di traspirazione a livello locale ad un termine che ribadisce ed esalta il suo essere uno, chiudendo ogni porta alla recezione di autonomia. L'Italia, invece, ha mostrato un crescente interesse per un vocabolo che le permetteva di rilanciare la sua vocazione pluralistica, coltivandola ora sotto l'ombrello protettivo di un grande Stato nazionale. D'altra parte, anche da noi la forza evocativa del termine era destinata a generare un crescente disagio in una cultura giuridica sempre più condizionata dall'immagine di uno Stato personalizzato, per sua natura refrattario quindi ad ospitare entro i suoi confini una libertà diversa dalla propria. Di qui, l'inizio di quella parabola discendente che avrebbe portato ad una quasi completa rimozione del vocabolo dal linguaggio giuspubblicistico — salva la sua spettacolare, progressiva rimonta nel corso di un secondo Novecento segnato dalla dispersione dei centri e dal venir meno della immagine dello Stato-persona come unico titolare della libertà di volere. Difficile immaginare oggi due emisferi lessico-concettuali più lontani tra loro, dal punto di vista qui esaminato, di quelli corrispondenti ai nostri due paesi. Il che non toglie, però, che la trama della loro storia parallela appaia anche marcata da fortissimi elementi di contingenza e d'imponderabilità, legati ad imprevedibili contaminazioni linguistiche, all'impronta di singole personalità, al diffondersi di mode che sfuggono al controllo dei loro stessi iniziatori. Densi e strutturati quanto si

vogliano, i concetti giuridici sono sempre figli delle parole che li veicolano; e queste ultime conservano inevitabilmente qualcosa di volatile e di misterioso, che si sottrae ad ogni possibilità di compiuta comprensione.

BERNARDO SORDI

SELFGOVERNMENT, *SELBSTVERWALTUNG*, AUTARCHIA:
FONDALI INGLESI PER SCENOGRAFIE CONTINENTALI

1. Un fortunato neologismo: autarchia. — 2. Una lunga incubazione: la progressiva sterilizzazione del 'costituzionalismo municipale'. — 3. Una inedita curiosità comparativa. — 4. *Selfgovernment*: una brusca inversione semantica. — 5. *Selfgovernment*: una veste concettuale inconfondibilmente germanica. — 6. *Selfgovernment*: la fortuna italiana.

1. *Un fortunato neologismo: autarchia.*

1897: nell'Italia che sta per imboccare, sotto la guida dei brevi ed instabili dicasteri Di Rudinì, i duri anni della crisi di fine secolo, un tema quanto mai controverso, carico di reminiscenze e di un passato ingombrante, ma anche strenuamente combattuto, sia nelle aule parlamentari sia nella pubblicistica politica, come quello delle autonomie comunali e del decentramento, conosce nelle pagine dei giuristi una improvvisa rivoluzione terminologica ed un altrettanto rapido acquietamento, destinati entrambi ad occupare lo scenario sin alle soglie della costituzione repubblicana del 1948.

Autonomia e decentramento divengono presto termini recesivi: sono sostituiti, nel linguaggio giuspubblicistico delle relazioni centro-periferia, da un fortunato neologismo — *autarchia* — che omologa prepotentemente allo Stato sia i corpi locali, sia ogni altra forma di organizzazione pubblica, facendone organi dell'amministrazione, sia pure indiretta, dello Stato. « Autarchia significa amministrazione indiretta dello Stato compiuta da una persona giuridica per diritto subiettivo e nell'interesse, oltre che dello Stato, anche proprio » ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, pt. I, Napoli, Vallardi, 1897, ora in *Id.*, *Scritti minori*, a cura di Guido Zanobini, Milano, Giuffrè, 1950, vol. II, p. 52.

La remota storicità delle articolazioni territoriali è annichilita all'interno di una inossidabile unità organizzativa, inglobata entro modelli di organizzazione e di esercizio dell'attività in tutto e per tutto assimilati a quelli dello Stato. La naturale storicità del comune viene assorbita nei confini della statualità; la capacità rappresentativa di una comunità territoriale è ricondotta e si spegne nell'alveo di un identico regime amministrativo, che avvolge senza distinzioni Stato e corpi locali. Dallo Stato ed in nome dello Stato il Comune riceve il potere di emanare atti amministrativi ed in questo potere trova, da questo momento in avanti, la sua precipua rilevanza istituzionale: « l'autarchia non è un'amministrazione distinta da quella dello Stato, ma una specie di questa avente propri caratteri » (2).

Persino la questione controversa della nomina o della elettività degli « organi istituzionali degli enti territoriali », che dal momento dell'avvento della Sinistra al potere ha accompagnato un complessivo ripensamento sulle scelte dell'unificazione, viene rapidamente sterilizzata: « l'autarchia implica soltanto un rapporto fra l'ente, concepito nella sua unità e come persona di diritto pubblico, verso lo Stato »; « non può mettersi in dubbio che si possa avere un corpo perfettamente autarchico, senza che nessuno di coloro che ne fanno parte sia chiamato alla sua amministrazione » (3).

Un solco temporale profondo ed incolmabile all'improvviso si apre con il variegato ideario municipale, che ha accompagnato nella penisola, dalla metà del Settecento sino alle riforme crispine, ogni intervento sugli assetti istituzionali ed ogni prospettiva di riforma 'costituzionale'.

Se ancora nel giugno 1864, per Carlo Cattaneo, « i comuni sono la nazione; sono la nazione nel più intimo asilo della libertà » (4), poco più di trenta anni più tardi quel complesso reticolo di idealità, di tradizioni, di progetti, viene interamente assorbito e trascolorato in una diafana formula dogmatica, coerente con la nuova prospettiva statualistica ed in grado di inserirsi, senza con-

(2) Ivi, p. 50.

(3) Ivi, pp. 57-58.

(4) C. CATTANEO, *Sulla legge comunale e provinciale. Lettera prima*, in « Il Diritto », 7 giugno 1864, ora in Id., *Opere scelte*, a cura di Delia Castelnuovo Frigessi, tm. IV, *Scritti 1852-1864*, Torino, Einaudi, 1972, p. 406.

traddizioni, nelle pieghe di un sistema giuridico che coniuga, secondo una indefettibile equivalenza, pubblico e statale.

L'invenzione e la messa a punto di questo nuovo « paradigma concettuale » (5), destinato ad imporsi per decenni in modo unanime, si deve — è ben noto — alla potente capacità creativa di Santi Romano, fortemente impegnato in questo tornante di fine secolo, in perfetta contemporaneità con l'intera scienza giuridica europeo continentale, nella costruzione dei pilastri della parte generale del diritto amministrativo.

L'autarchia costituisce, infatti, in primo luogo, un capitolo imprescindibile di un più generale rivolgimento sistematico dell'intera materia amministrativa, tutto giocato all'insegna di una rigida pubblicizzazione e di un altrettanto rigida equivalenza tra pubblico e statale.

Più in specifico, sul versante italiano della crisi di fine secolo, l'autarchia rappresenta pure « un'innovazione semantica » in grado di racchiudere, in un quadro ferreo di controllo e di tranquillizzante normalizzazione statale, « le molteplici esperienze di 'decentramento' e la crescita di poteri locali che si stavano verificando » (6): esperienze ben espresse nel rigoglio urbano della « città che sale », con le sue novità prestazionali, la nascita dei primi servizi pubblici, le prime prove dell'« industrialismo municipale », ma anche nell'aprirsi, al grido socialista « impadroniamoci dei comuni » (7), di nuovi terreni di acceso scontro politico, in ambiti sinora monopolizzati dai riservati giochi delle consorzierie notabiliari.

Il successo e la fortuna dell'autarchia attingono a questa contemporaneità, scandita da un lato dagli approdi, consapevolmente progettati, propri dei sentieri dogmatici di costruzione del modello amministrativo continentale; dall'altro, ed in chiave difensiva,

(5) G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, I, *Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali amministrazione costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 681-682, all'esito di un'ampia ricerca sulle vicende teoriche dell'autonomia comunale nella letteratura giuridica dell'Italia liberale.

(6) R. ROMANELLI, *Centralismo e autonomie*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, a cura di ID., Roma, Donzelli, 1995, p. 154.

(7) Ricostruisce la posizione socialista, U. CHIARAMONTE, *Il dibattito sulle autonomie nella storia d'Italia. 1796-1996, Unità - Federalismo - Regionalismo - Decentramento*, Milano, Angeli, 1998, p. 429 e ss.

dalla risposta al premere di vicende istituzionali segnate dai processi di trasformazione delle funzioni amministrative e dei rapporti tra politica e amministrazione che, proprio a livello locale, trovavano una loro strategica dimensione di impatto.

2. *Una lunga incubazione: la progressiva sterilizzazione del 'costituzionalismo municipale'.*

L'autarchia, nondimeno, non è una scoperta improvvisa, per quanto il rivolgimento lessicale e concettuale abbia, come si è appena visto, datazioni e protagonisti precisi; così come precisi e puntuali sono le conferme della sua immediata fortuna. Né vive soltanto nel contesto di fine secolo con i suoi profili, ora dogmatico-costruttivi, ora difensivi.

Ha alle spalle una lunga incubazione, che si distende in tutto l'arco postunitario, attraverso una progressiva ed irreversibile sterilizzazione, terminologica e concettuale, di quel municipalismo che aveva accompagnato, sin qui, il pensiero e l'azione di una gran parte della classe dirigente risorgimentale.

Almeno dalla seconda metà degli anni Cinquanta, la città ha definitivamente cessato di rappresentare « l'unico principio per cui possano i trenta secoli delle storie italiane ridursi a esposizione evidente e continua » (8). Il filo rosso della storia patria ha iniziato a tessersi altrove. Con buona pace delle aspettative moderate e di quelle democratiche, con il progressivo materializzarsi dell'unificazione, è ormai lo Stato nazionale, con i suoi punti di forza e le sue tante debolezze, a orchestrare e a monopolizzare il sentiero istituzionale. Il trasferimento della capitale a Firenze, prima; la questione romana, poi, ne segneranno in modo incontrovertibile la direzione.

Il « Comune » come « unità naturale e primitiva » (9); il « sistema municipale » come « fondamento primo della pubblica pro-

(8) CATTANEO, *La città considerata come principio ideale delle storie italiane*, in *Crepuscolo*, 17 ottobre 1858, ora in Id., *Opere scelte*, tm. IV, *Scritti 1852-1864*, cit., p. 79, da leggersi nella valorizzazione di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, II, *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 525-32.

(9) L. GALEOTTI, *Della riforma municipale. Pensieri e proposte*, Firenze, Al Gabinetto scientifico e letterario, 1847, p. 11.

sperità »⁽¹⁰⁾; il « Municipio » « perpetuamente base e forma della Nazionalità d'Italia »⁽¹¹⁾ si erano già arenati alla vigilia della concessione degli statuti nei primi mesi del 1848: il tema della riforma dei municipi, che per un buon tratto aveva convogliato le principali aspirazioni riformatrici, stentava a tradursi in una prospettiva costituzionale originaria e indipendente dai modelli stranieri⁽¹²⁾. Non solo; quel ragionevole equilibrio di « libertà senza licenza, tutela e vigilanza senza servitù e usurpazione, concentrazione senza assorbimento », quella armonica compatibilità di « autorità municipale » e « autorità governativa », di « potere municipale » e « legislazione universale »; quella « perfetta concordia ed armonia fra questi due poteri che servono di sussidio e di complemento l'uno dell'altro »⁽¹³⁾, si sarebbero presto definitivamente spezzati di fronte alle emergenze poste dal processo di unificazione.

Allo stesso modo, passando dal fronte moderato a quello democratico, degli « eguali diritti » di tutti i Municipi, della loro « indipendenza », così come di un riparto territoriale ispirato « alla più equa distribuzione possibile degli interessi locali in armonia con l'interesse politico dello Stato », solennemente fissati nei « principi fondamentali »⁽¹⁴⁾ che introducevano gli otto titoli della Costituzione della Repubblica Romana del 1849, a lungo nello Stato unitario si perderà persino la memoria.

L'Italia « strutturalmente e pervicacemente plurale nel suo ordito storico »⁽¹⁵⁾ diventa dunque ben presto un lontano ricordo, almeno come ordine istituzionale. Un ricordo già lacerato dalla progressiva estensione della legge Rattazzi del 1859, in cui « il concetto di comune venne capovolto e negato, perché non si con-

⁽¹⁰⁾ G. POGGI, *Discorso sul sistema municipale*, Firenze, Bonducciana, 1847, p. 3.

⁽¹¹⁾ G. RICCI, *Del municipio considerato come unità elementare della città e della nazione italiana*, Livorno, Meucci, 1847, p. 70.

⁽¹²⁾ Sul punto, in particolare, A. CHIAVISTELLI, *Dallo Stato alla nazione. Costituzione e sfera pubblica in Toscana dal 1814 al 1849*, Roma, Carocci, 2006, p. 205 e ss.

⁽¹³⁾ POGGI, *Discorso sul sistema municipale*, cit., rispett., p. 15; p. 11; p. 14.

⁽¹⁴⁾ Rispettivamente ai *Principii* V e VI.

⁽¹⁵⁾ L. MANNORI, *Unità*, in *Atlante culturale del Risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'Unità*, a cura di A.M. Banti, A. Chiavistelli, L. Mannori, M. Meriggi, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 382.

siderò che il comune era un fatto spontaneo di natura come la famiglia; e si suppose che non esistesse alcun diritto naturale dei comuni, né alcun limite giuridico al beneplacito dei legislatori » (16). E quindi definitivamente travolto, prima dalle leggi di unificazione amministrativa del 1865 e, poi, dal loro consistente aggiornamento crispino; travolto dall'omologazione organizzativa e funzionale dei corpi locali; travolto dal meccanismo verticistico delle nomine, dalla onnipresenza prefettizia e dal sistema dei controlli.

Il tornante dell'Unità ha segnato un punto di non ritorno ed è avvertito come tale; l'allargamento dello spazio politico è bruciante. Le antiche patrie e le loro specifiche tradizioni perdono di significato e di attrattività. Il 'costituzionalismo municipale' che, nel quadro degli antichi Stati, era ancora capace di evocare un territorio fortemente condiviso ed assimilato nella sua storicità e poteva quindi presentarsi come proposta politica ragionevole, evapora nella irriducibile disomogeneità del territorio artificialmente assemblato con l'unificazione. Le tradizioni delle singole patrie sono divenute inseribili. Non è nei circuiti istituzionali e dottrinali degli antichi Stati regionali che si possono cercare modelli e disegni progettuali.

L'unificazione, da questo punto di vista, costituisce una frattura profonda; cancella un'intera geografia politica; disegna, ora per la rappresentanza politica, ora per la burocrazia, ora infine per gli apparati militari, nuovi confini nazionali, mai prima sperimentati, iniziando a costruire, in primo luogo proprio tramite il Parlamento, un ceto politico nazionale (17); sbaragliando già con questo il vecchio orizzonte dei rapporti centro-periferia e gli stessi tradizionali meccanismi di legittimazione della classe dirigente.

Si delinea un nuovo quadro istituzionale, che si affida a nuovi corpi normativi di riferimento: primo fra tutti, una legge comunale e provinciale (non a caso rubricata come allegato A della legge di unificazione amministrativa del Regno del 20 marzo 1865), unica ed uniforme sull'intero territorio nazionale e subito avvertita come asse

(16) CATTANEO, *Sulla legge comunale e provinciale. Lettera seconda*, in *Il Diritto*, 22 giugno 1864, ora in *Id.*, *Opere scelte*, tm. IV, *Scritti 1852-1864*, cit., p. 406.

(17) M. MERIGGI, *La politica e le nuove istituzioni*, in « *Le carte e la storia* », 2011, fasc. I, pp. 29-31, in un denso paragrafo dal titolo *Il centralismo e i suoi correttivi*.

portante dell'intera struttura organizzativa e pernio irrevocabile della « divisione amministrativa del territorio » (18).

Anche nella penisola, dove « a nessuno passerà per mente il pensare che Roma o Firenze, Napoli o Palermo esistano in virtù e pel beneplacito della legge comunale e provinciale », l'autonomia e naturale esistenza dei corpi locali si limita ormai ad un semplice sostrato storico, fuso definitivamente nello « Stato moderno unitario », al punto che « le circoscrizioni territoriali, le maggiori come le minori, vanno considerate puramente e semplicemente come *organi dello Stato*, e tutta la loro attività non è che una conseguenza di una delegazione di poteri che lo Stato fa ad essi » (19).

Dall'Unità in poi il cammino dell'autarchia è già solidamente ed irrevocabilmente imboccato, parallelamente al nuovo quadro istituzionale fissato con le leggi di unificazione amministrativa.

Eppure, gli antichi municipalismi non sono affatto sopiti. E non solo perché « al dichiarato centralismo dell'ordinamento faceva da contrappeso un policentrismo di fatto, veicolato da un meccanismo della rappresentanza politica che poneva i propri esclusivi titolari nella condizione di disporre simultaneamente le proprie carte sui tavoli istituzionali rispettivamente corrispondenti alla nazione, alla provincia, al municipio » (20).

Troppo radicata l'identità regionale delle élites; troppo forti le consorzierie locali; troppo rigide le continuità con i vecchi ceti dirigenti cittadini. Troppo improvvisa la piemontesizzazione del paese; troppo cocente la analogia con il mai amato centralismo napoleonico. Troppo fragile l'impalcatura del nuovo Stato unitario; troppo precaria l'egemonia di una classe dirigente liberale dalle ristrettissime basi sociali e politiche.

Il governo del paese è una sfida che inquieta e che sollecita, una volta fissate le coordinate fondamentali di un'unificazione subito avvertita come traguardo irreversibile e non più soggetta a discussione, una continua progettazione istituzionale, di sedimentazione, di messa a punto, di consolidamento.

(18) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1891. Citiamo dalla seconda edizione, Firenze, Barbera, 1892, p. 134.

(19) Ivi, p. 140.

(20) MERIGGI, *La politica e le nuove istituzioni*, cit., p. 30.

Il bisogno di nuovi sguardi comparativi si fa impellente. Per il pur giovane Stato unitario, appena entrato nel novero delle nazioni civili, la dimensione europea diventa, finalmente, un parametro di riferimento, ma in primo luogo costituisce una possibile ancora di salvezza. La 'provincia' italiana, per la sua stessa sopravvivenza, inizia a guardare altrove, avida di esempi, di esperienze, di recezioni; avida soprattutto del confronto con altri percorsi nazionali; consapevole delle proprie fragilità; del proprio dislivello di statalità, diremmo oggi, eppure quasi orgogliosa di poter iniziare a mettersi al passo con i grandi modelli dello *State building* europeo: la Francia, l'Inghilterra, la Prussia, presto l'intera Germania imperiale.

3. *Una inedita curiosità comparativa.*

All'insegna dell'ecllettismo, una curiosità comparativa, del tutto inedita per intensità e dimensioni, diventa il collante rapidamente condiviso dell'intera riflessione istituzionale.

In questa direzione, proprio la precoce apertura di un ben determinato comparatismo, invariabilmente orientato verso precise direzioni, iniziava a giocare un ruolo determinante, fornendo una ricca sequela di modelli, di immagini, di argomenti, al lungo processo di aggiornamento terminologico, che doveva rendere compatibili le antiche aspirazioni municipalistiche con la nuova « divisione amministrativa del territorio », recentissima, eppure già irreversibilmente acquisita.

Saranno proprio le specifiche declinazioni di due lemmi, acquisiti tramite le nuove perlustrazioni comparative, *Selfgovernment* e *Selbstverwaltung*, apparentemente intrisi di autonomia-indipendenza, di auto-amministrazione, di originarietà dei corpi locali, e non di autarchia, contaminate, come subito vedremo, in una inedita e presto indissolubile simbiosi, che semplicisticamente accorciava tradizioni storiche tanto distanti, quanto estranee l'una all'altra, a costituire il tramite fondamentale del progressivo assorbimento del frastagliato, consolidato, municipalismo nel nuovo quadro unitario.

Recezioni, commistioni, ecllettismi consentivano, secondo nuovi intrecci e secondo inedite e spesso fantasiose combinazioni, i dovuti aggiornamenti dell'anglofilia costituzionale tipica del liberalismo italiano. Ma, soprattutto, riuscivano a conservare un certo

spazio all'enfasi municipale anche nel nuovo assetto unitario: da un lato, agendo come possibile canale di aggiornamento degli equilibri fissati al momento dell'unificazione; dall'altro, rendendo compatibili le antiche aspirazioni municipali nel quadro unitario, assorbendo la naturale alterità delle formazioni territoriali nel solco statuale ed eliminando l'antica separatezza giuridica del comune.

In sostanza, la tradizionale e radicatissima identità municipale doveva essere trapiantata ed innestata nel nuovo tessuto nazionale. Quella tradizione doveva essere conservata, come aspirazione profonda dell'intera classe dirigente liberale e come campo teorico irrinunciabile per ogni riflessione sull'assetto istituzionale e sul suo necessario od opportuno aggiornamento. Ma, al tempo stesso, quella stessa tradizione doveva essere spogliata della sua originaria auto-sufficienza, fusa nel nuovo corpo statale ed assimilata all'interno di una ormai indiscutibile unità amministrativa.

La cellula primigenia, che era sembrata in grado, sin dalla metà del Settecento, di estendersi progressivamente, secondo un naturale moto ascendente, attraverso cerchi concentrici di diametro sempre più ampio, ad una mai dimenticata *Grande Municipalité*, doveva tramutarsi, da base di partenza dell'intero edificio istituzionale, in un modesto punto di arrivo, di mera consistenza amministrativa, in un segmento periferico di una dimensione amministrativa già per intero acquisita a livello statale.

Appunto, l'autonomia, il municipalismo, dovevano perdere ogni significato costituzionale, ogni potenzialità costruttrice della comunità nazionale e mutarsi in relazione di assoluta identità organica con lo Stato: quella stessa relazione cui solo pochi decenni più tardi si darà, coniando il neologismo che già conosciamo, il nome di 'autarchia'.

Quale migliore conferma allora, per questa improvvisa metamorfosi, per questo improvviso cambio di direzione, di una opportunità, adeguata, rilettura del sempre indiscutibile modello inglese?

4. Selfgovernment: *una brusca inversione semantica.*

«Il principio di una illimitata indipendenza municipale è

antico ed incarnato nelle abitudini inglesi » (21). Non ci sono dubbi nell'immaginario risorgimentale, rinfocolato dalla ventata quarantottesca: « lo squisitissimo buon senso inglese » custodisce « il germe del vero Municipio » e « saprà trovare » « con esso il completamento di quel *Selfgovernment* o Autonomia, che forma la base e la forza della vita politica della schiatta britannica » (22). È persino possibile tracciare una linea di continuità con le tradizioni municipali settecentesche e la riforma teresiana delle comunità del 1755, a dimostrazione che « i germi del *self-government*, come direbbero gl'Inglese, e il senno pratico amministrativo hanno già estese profonde radici in Lombardia » (23).

Non solo: alla indiscutibile bontà di un modello inglese, per la verità ancora più idealizzato che conosciuto, si contrappone il tanto vituperato modello della vicina Francia che, « tenendo sistema inverso all'inglese, non può ammettere l'Autonomia locale senza sovvertire quell'organismo amministrativo onnipotente e assorbente che di lì tanto è tenuto in pregio e che d'ogni suo bene e d'ogni suo male è fonte perenne » (24).

Anche la rapida fortuna italiana di John Stuart Mill contribuisce al diffondersi del mito del *Selfgovernment* ed al suo consolidarsi dopo l'Unità: sia *On liberty*, sia *Considerations on representative*

(21) F. FERRARA, *La legge municipale inglese*, in « L'Indipendenza e la Lega. Giornale di Palermo », 12 maggio 1848, ora in Id., *Opere complete*, a cura di Bruno Rossi Ragazzi, Federico Caffè, Francesco Sirigu, vol. 6, *Articoli su giornali e scritti politici*, pt. I (1844-1850), Roma, Bancaria Editrice, 1965, p. 310. Su questo foglio palermitano, di cui dal 15 febbraio al 15 ottobre 1848, è « direttore e proprietario », Ferrara « espone per la prima volta organicamente le tesi federalistiche ed autonomistiche di cui è nutrito il suo liberalismo »: F. FAUCCI, *L'economista scomodo. Vita ed opere di Francesco Ferrara*, Palermo, Sellerio, 1995, p. 68.

(22) RICCI, *Del municipio considerato come unità elementare*, cit., p. 117, in un passo ampiamente commentato in questo numero dei « Quaderni » da Luca Mannori, che vi individua una delle prime ricorrenze italiane del termine *Selfgovernment*.

(23) S. JACINI, *La proprietà fondiaria e le popolazioni agricole in Lombardia: studi economici*, Milano-Verona, Civelli, 1857³, p. 105. Segnala opportunamente il passo M.L. BETRI, *La questione del "discentramento" in Stefano Jacini*, in *Storia dell'autonomia in Italia tra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Varni, Bologna, il Mulino, 2001, p. 100. Sul progetto di Jacini, anche B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 74-83.

(24) RICCI, *Del municipio*, cit., p. 117.

Government, sono già tradotti nel 1865 nella tipografia della *Rivista dei comuni italiani*, in una « Collana di opere economiche amministrative e politiche » diretta da Massimiliano Martinelli ⁽²⁵⁾. Pur utilizzando raramente il termine *Selfgovernment* e mai con specifico riferimento all'autonomia municipale, quelle opere confermano sia la bontà del modello inglese — « il meno centralizzato d'Europa » ⁽²⁶⁾ —, sia un disegno di « governo libero », fortemente critico della *Pedantocracy* amministrativa ⁽²⁷⁾ e che fa perno, anche « come mezzo di educazione intellettuale », su « istituzioni locali e municipali libere e popolari » ⁽²⁸⁾ fondate, in perfetto parallelismo con la rappresentanza nazionale, su di una solida base elettiva ⁽²⁹⁾. Non stupisce quindi che in Mill si ricerchi da più parti una « legittimazione autorevole » ⁽³⁰⁾, da calare, con non poche forzature, nel crogiolo delle grandi questioni amministrative apertesesi con la proclamazione del Regno d'Italia: « unità e decentramento » ⁽³¹⁾ devono procedere di pari passo.

Ed in questo contesto era maturato anche il progetto regionalista di Minghetti del marzo 1861, vero e proprio « sbalzo » ⁽³²⁾,

⁽²⁵⁾ N. URBINATI, *Le civili libertà. Positivismo e liberalismo nell'Italia unita*, Roma, Marsilio, 1990, pp. 26-34; T. CASADEI, *Un pensiero che torna: itinerari sulla 'fortuna' di Mill in Italia*, in *Fra libertà e democrazia. L'eredità di Tocqueville e J.S. Mill*, a cura di D. Bolognesi, S. Mattarelli, Roma, Angeli, 2008, p. 162.

⁽²⁶⁾ J.S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, trad. ital., Milano, Bompiani, 1946, cap. XV, cit., p. 243.

⁽²⁷⁾ Sull'uso di questo termine in Mill, URBINATI, *L'ethos della democrazia. Mill e la libertà degli antichi e dei moderni*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 73.

⁽²⁸⁾ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. ital. a cura di Giulio Giorello e Marco Mondadori, Milano, Il Saggiatore, 1981, p. 146. Sulla partecipazione in Mill, come fondamento di una « visione dinamica dell'ordine », COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, III, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 22-30.

⁽²⁹⁾ MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, cap. XV, cit., p. 246: « ci sono in entrambi i casi le medesime ragioni perché i corpi siano elettivi e abbiano una base largamente democratica ».

⁽³⁰⁾ URBINATI, *Le civili libertà*, cit., p. 30.

⁽³¹⁾ M. MARTINELLI, *Sull'ordinamento della pubblica amministrazione*, vol. I, Firenze, Le Monnier, 1863, p. 295 e ss., da leggere nell'attenta contestualizzazione di CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativa italiana*, cit., pp. 138-49.

⁽³²⁾ Nella celebre definizione di S. SPAVENTA, *La politica e l'amministrazione della Destra e l'opera della Sinistra*, discorso all'Associazione costituzionale romana

nella « politica » e nella « amministrazione della Destra », rispetto alla legge Rattazzi del 1859.

Si tratta di un patrimonio ideale che, nonostante tutto, resisterà alle scelte del legislatore del 1865 ed al definitivo abbandono di ogni ipotesi regionalista. Ancora ad un decennio di distanza dalle leggi di unificazione amministrativa, per Costantino Baer, personaggio in contatto diretto con Mill ⁽³³⁾, ma che sarà, com'è noto ⁽³⁴⁾, uno dei principali protagonisti dell'inversione dei processi di recezione verso i nuovi canali del 'germanismo amministrativo', « autonomia » e « Selfgovernment » ⁽³⁵⁾ costituiscono ancora precisi ed inequivocabili sinonimi, benché ormai di prevalente interesse retrospettivo: « entrato a far parte dello Stato », « al Comune dev'essere oggi negata la facoltà di determinare da sé in che consista l'interesse pubblico e quali diritti spettino alle autorità municipali » ⁽³⁶⁾.

Il corso delle cose stava dunque prendendo tutt'altra piega: una volta incagliatosi il modello municipale nell'impatto con la realtà meridionale ed ormai definitivamente maturata la scelta accentratrice, « la scuola dei regionisti si fermò, direi quasi, sovrappensiero, e domandò a sé medesima se il suo sereno ideale fosse attuabile » ⁽³⁷⁾. Quel certo tipo di anglofilia si stava dimostrando inservibile, troppo distante dalla realtà istituzionale della penisola. Solo come solenne affermazione di principio poteva ancora dirsi, con Lorenzo Meucci, che la questione del decentramento amministrativo è « questione di libertà e di diritto » ⁽³⁸⁾.

nell'adunanza del 21 marzo 1879, in ID., *La politica della Destra. Scritti e discorsi* raccolti da Benedetto Croce, Bari, Laterza, 1910, p. 33.

⁽³³⁾ Si veda il carteggio Baer-Mill pubblicato in URBINATI, *Le civili libertà*, cit., pp. 221-29.

⁽³⁴⁾ Rinviamo all'analisi che abbiamo svolto in *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., p. 100 e ss.

⁽³⁵⁾ C. BAER, *L'autonomia de' comuni*, in « Nuova Antologia », XII, 2ª serie, 1877, p. 600.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 597, p. 596.

⁽³⁷⁾ T. MASSARANI, *L'Italia politica*, in ID., *Studii di politica e di storia*, Firenze, Le Monnier, 1875. Citiamo dalla terza edizione, Firenze, Le Monnier, 1906, p. 560. Su questo interessante poligrafo ed uomo politico, ampiamente CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 152-61.

⁽³⁸⁾ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, Salviucci, 1879, vol. I, p. 171.

Il quadro delle aspirazioni e dei rimpianti, in ogni caso, si modifica in modo sensibile e definitivo all'indomani della caduta della Destra storica. I corpi locali sono ormai irreversibilmente fusi nello « Stato moderno unitario », il municipalismo è stato assorbito. Eppure, paradossalmente, è questo il momento del massimo successo italiano del termine *Selfgovernment*: un successo che si dispiega sul piano propriamente amministrativo, con una diffusione capillare e diffusa che si ramifica ad ampio spettro nella sempre più vasta letteratura che riflette sui destini istituzionali dello Stato unitario.

Il lemma, comunque, è ormai veicolato da fonti lontane dall'Inghilterra. Il riferimento inglese serve soltanto da fondale per scenografie tutte giocate sugli equilibri continentali. Non solo il suo successo è tutto di provenienza continentale, ma anche i contenuti che il termine veicola si allontanano sempre di più dal nesso che si stringe tra i concetti di *Civil Liberty*, *Autonomy* ed appunto *Selfgovernment*.

Nel momento in cui l'espressione conosce un suo più specifico significato organizzativo, abbandona la sfera etica della « capacità di un soggetto di governare se stesso senza interferenze esterne »⁽³⁹⁾; lascia l'autonomia e l'indipendenza del singolo nei confronti del potere e dell'azione di governo; valica lo spazio individuale della *self-reliance* e della *self-determination*⁽⁴⁰⁾ e quello collettivo di un « popolo libero » « abituato a gestire direttamente i propri affari »⁽⁴¹⁾, per abbracciare una dorsale tutta interna alla sfera del potere pubblico, ed inizia quindi ad orientarsi, in modo peculiare, lungo l'asse centro-periferia, rivestendosi di connotati tipicamente amministrativi, l'identità *Selfgovernment*-autonomia viene abbandonata ed il *Selfgovernment* rifluisce all'interno dei modi di esercizio di

(39) Così Pietro Costa nel suo saggio in questo numero dei « Quaderni », con riferimento all'opera di Francis LIEBER, *On Civil Liberty and Self-Government*, London, Bentley, 1853.

(40) LIEBER, *On Civil Liberty and Self-Government*, cit., cap. XXI, *Self-government*, pp. 248-49: « Individual liberty consists, in a great measure, in politically acknowledged self-reliance, and self-government is the sanction of self-reliance and self-determination in the various minor and larger circles in which government acts and of which it consists ». « Self-government is the corollary of liberty » (citiamo dalla terza edizione, Philadelphia, Lippincot, 1883).

(41) MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 151.

funzioni tipicamente statali, come semplice « amministrazione dello Stato in sede locale », negando « il rapporto tra ordinamenti » e riducendo il dibattito al mero « piano di rapporti tra modi di amministrare » (42).

L'orbita individuale viene abbandonata per quella dello Stato; l'asse problematico ruota, dai limiti posti all'azione del potere pubblico dal primato liberale della sfera individuale, verso i problemi della « divisione amministrativa del territorio ». Assunta questa connotazione tutta amministrativa, nel momento in cui sul continente il lemma si candida a sintetizzare, attraverso un « tópico presuntamente definitorio del costituzionalismo britannico », quelle relazioni centro-periferia che i giuristi inglesi continueranno a classificare preferibilmente sotto la rubrica del *Local Government, Self-government* non manifesta più il carattere originario dell'ordinamento locale, cessa di esprimere « lo que la palabra dice » (43), dunque una forma di autogoverno, e diventa semplicemente *Selbstverwaltung*, auto-amministrazione (dello Stato) « in sede locale ».

L'auto-governo si trasforma in etero-governo (44); il *Self-government* si cala dall'alto, può articolarsi soltanto per delega esclusiva della sovranità ed il comune, persa la sua naturale, originaria, separatezza giuridica, si converte in organo dello Stato. Anche concettualmente, il tradizionale pluralismo territoriale è ricondotto nell'alveo dello « Stato moderno unitario »; municipalismo e decentramento sono assorbiti all'interno della nuova struttura statale.

La manipolazione concettuale sfrutta quindi un lemma inglese, già presente nel lessico municipale della penisola almeno dalla metà dell'Ottocento, un lemma con forti potenziali di autonomia e di au-

(42) In questo senso già le lucide considerazioni di Giorgio Berti, in uno dei testi più affascinanti della letteratura italiana in materia: *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, Cedam, 1969, p. 35, con espresso riferimento alla lettura dell'amministrazione inglese operata da Rudolf von Gneist.

(43) Con grande finezza, B. CLAVERO, *Imperio de la ley y Rule of Law: léxico jurídico y tópica constitucional*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), p. 315, che conclude nel senso che *Selfgovernment* sia in effetti « un tópico continental y no británico ». L'esperienza italiana conferma nella sostanza questo pesante rivestimento continentale del lemma inglese, ma attraverso il tortuoso percorso che cerchiamo di descrivere nel testo.

(44) Ivi, p. 317.

togoverno, per modificarne sostanzialmente contenuti ed obiettivi. Un termine-concetto inglese, con limitate propaggini organizzative e funzionali, nato nell'orbita etica del soggetto individuale, è attratto nell'orbita amministrativa, passato al vaglio del modello amministrativo continentale e restituito, una volta rivestito dei contenuti propri dello statualismo, alla sua presunta originarietà britannica.

In questo modo, l'anglofilia non veniva assolutamente messa in discussione; anzi era confermata nei suoi nuovi contenuti amministrativi ed il municipalismo poteva dirsi almeno formalmente conservato e salvato. Al tempo stesso, si poteva però contemporaneamente recidere ogni legame con « autonomia », dando un nuovo volto al mai sopito municipalismo risorgimentale ed iniziando così ad accettare anche il nuovo, necessitato, ruolo dei corpi locali all'interno dello Stato unitario.

Non stupisce, allora, che una volta compiuta questa radicale metamorfosi, il *Selfgovernment* potesse diventare il principale motore concettuale dell'autarchia.

5. *Selfgovernment: una veste concettuale inconfondibilmente germanica.*

Il *Selfgovernment*, una volta trapiantato di peso sulla dorsale centro-periferia, acquisiva quasi inevitabilmente una veste concettuale inconfondibilmente germanica. Non aveva torto Rudolf von Gneist a lamentare che i principali giuristi inglesi, Blackstone in testa, neppure avevano utilizzato l'espressione.

Né Bagehot e neppure Dicey, che pure il termine nel senso generico di autogoverno e di autodeterminazione almeno lo avevano impiegato, ne avevano fatto un elemento chiave del disegno costituzionale inglese. Né, tanto meno, su di esso si erano impiantate rivendicazioni municipali o decentralizzatrici sul tipo di quelle che avevano fatto seguito sul continente all'impianto del modello napoleonico. In terra inglese, nell'Ottocento, il *Selfgovernment*, pur « generally recognized as the essence of our national vigour » ⁽⁴⁵⁾ stentava a conquistare una sua centralità giuridica.

⁽⁴⁵⁾ Così negli atti di una Commissione parlamentare inglese del 1871 (*Social Report of the Royal Sanitary Commission*), cit. in J. PREST, *Liberty and Locality. Parlia-*

Ben altro cuore aveva la costituzione inglese, ribadito sin dall'incipit dell'*Introduction*: « la sovranità del parlamento è, sotto il profilo giuridico, la caratteristica dominante delle nostre istituzioni politiche »⁽⁴⁶⁾. E del resto ancora agli occhi di un grande sostenitore novecentesco del *Local Government*, come William Robson, l'ordinamento inglese esprimeva, nella sua struttura formale, « the very apotheosis of centralisation »⁽⁴⁷⁾, dal momento che tutto il potere legislativo si concentrava nel 'King in Parliament' ed il potere esecutivo nella Corona.

L'unitarietà dell'ordinamento inglese era del resto un traguardo storico ampiamente raggiunto sin dal Medioevo, quando già si era provato a « distinguere e conciliare la molteplicità delle membra e l'unitarietà del corpo »⁽⁴⁸⁾. L'Inghilterra rappresentava, praticamente dalle origini, un ordinamento « singularly unicellular »⁽⁴⁹⁾, fatto di articolazioni interne significative, le contee, ma strutturate nella forma di « comunità di doveri », ben diversamente dal continente, dove al contrario operava un sistema binario di tipo organista, fondato su *universitates*, su ordinamenti corporativi, con propri statuti, propri diritti, propria personalità giuridica: propria acquisita separatezza giuridica ed originarietà⁽⁵⁰⁾.

Sin quasi alla metà dell'Ottocento, in Inghilterra, aveva così di

ment Permissive Legislation and Ratepayers' Democracy in the Nineteenth Century, Oxford, Clarendon, 1990, p. 214.

⁽⁴⁶⁾ A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, trad. ital. a cura di Alessandro Torre, Bologna, il Mulino, 2003, cap. I, p. 33.

⁽⁴⁷⁾ W. ROBSON, *The development of Local Government*, London, Allen, 1954³, p. 253.

⁽⁴⁸⁾ F.W. MAITLAND, nella *Introduzione* ad O. GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages* (1900), trad. ital., in *Società e corpi. Scritti di Lamprecht, Gierke, Maitland, Bloch, Lousse, Oestreich, Auerbach*, a cura di P. Schiera, Napoli, Bibliopolis, 1986, p. 83.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 61, per una definizione attentamente valorizzata, in un problematico confronto con il modello continentale, da MANNORI, *Introduzione*, in *Comunità e poteri centrali negli antichi Stati italiani. Alle origini dei controlli amministrativi*, Napoli, Cuen, 1997, pp. 12-21.

⁽⁵⁰⁾ Per questa insuperata raffigurazione modellistica, debitrice, a partire dalla stessa nozione di *Pflichtgenossenschaft*, dell'analisi di Gneist, si veda O. HINTZE, *Staatbildung und Kommunalverwaltung* (1924), trad. ital., *Formazione degli Stati e ammi-*

gran lunga prevalso, per le contee come per le amministrazioni cittadine, una *Permissive Legislation*, frammentata e di natura quasi provvedimentale, che chiamava di volta in volta il Parlamento, in misura quantitativamente crescente, ad integrare forme di capacità di agire dei corpi locali strettamente enumerate, giusta il principio che « a corporation was not a person ».

Soltanto successivamente al *Reform Act* del 1832 e al progressivo varo della legislazione di riforma del governo locale, spinta dall'urgenza di garantire, sul territorio nazionale, standards omogenei di enforcement di attività amministrative di primario interesse sociale, ed una volta riconosciuto, con il *Local Government Act* del 1858, alle diverse comunità di abitanti « the power to do all for themselves », il modello legislativo aveva iniziato a ruotare verso forme legislative generali, tendenzialmente omogenee a livello nazionale, di *Compulsory Legislation* ⁽⁵¹⁾.

Erano altri i motivi, non sempre chiari agli osservatori continentali del tempo, che spiegavano « our *tolerance* of those 'Local Authorities' » ⁽⁵²⁾ ed in ultima analisi quella densa, radicata, *pratica* di governo locale che « lascia tanto perplessi gli stranieri ». Certo, il fatto sottolineato da Bagehot che « nei primi parlamenti erano i corpi locali, le contee e i borghi, che mandavano i loro rappresentanti. E in questo modo, e grazie alle *loro* libertà, anche il parlamento era libero » ⁽⁵³⁾. Ma soprattutto una serie di ragioni scritte nello stesso *State building* inglese: la inesistenza di una struttura periferica di decentramento statale imperniata sul modello del *commissarius* di corte continentale; la mai intervenuta descrizione geometrica del territorio imposta dall'alto e la compresenza, al posto della rivoluzionaria superficie tutta uguale, di un complesso intreccio di circoscrizioni, di facoltà, di prerogative, avviluppate in un « curioso

nistrazione comunale, in ID., *Stato e società*, a cura di Pierangelo Schiera, Bologna, Zanichelli, 1980, spec. pp. 94-96.

⁽⁵¹⁾ Seguiamo la ricostruzione di PREST, *Liberty and Locality*, cit., p. 1 e ss.; pp. 208-220.

⁽⁵²⁾ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, 1872², trad. ital. a cura di Giorgio Rebuffa, *La Costituzione inglese*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 261.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*.

compromesso tra forme antiche e bisogni moderni »⁽⁵⁴⁾; e, soprattutto una tradizione pattizia, già profondamente radicata nel passato feudale, che produceva una continua contrattazione con il centro ed un impiego ampio e ragguardevole di deleghe e concessioni, disposte attraverso un nugolo crescente di *private Bills* parlamentari, che formalmente riconoscevano l'onnipotenza di Westminster, nella sostanza lasciavano ampi spazi di manovra a livello locale.

Impregiudicate, a livello costituzionale, sia la rigida unitarietà dell'ordinamento, sia la giuridica impossibilità di tradurre le libertà locali in « a constituent legal status », queste avevano trovato modo di radicarsi su basi « morali » e « convenzionali » dotate di notevole effettività⁽⁵⁵⁾.

Occorreva dunque un giurista berlinese, come senza troppo pudore confessava Gneist, per spiegare al continente la vera natura del sistema inglese⁽⁵⁶⁾.

E quello che Gneist aveva iniziato a raccontare al pubblico continentale⁽⁵⁷⁾, con un gigantesco profluvio di pagine e di erudi-

⁽⁵⁴⁾ ROBSON, *The development of Local Government*, cit., p. 91.

⁽⁵⁵⁾ Così la sintesi di un manuale corrente: « Post-revolutionary England adopted a constitutional structure recognizing a unitary state, whose Parliament possessed total legislative competence. Any geographical division of governmental power within English society could not have a constituent legal status; it could have only a moral (or, to use familiar terminology, conventional) basis » (I. LOVELAND, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A critical introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2009⁵, p. 311). Sui limiti di una « orthodox legal perspective » nel rivelare i valori « on which our tradition of local government is founded », M. LOUGHLIN, *The Restructuring of Central-Local Government Relations*, in J. JOWELL, D. OLIVER, *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon, 1994³, pp. 262-65. Di Loughlin, da vedere anche l'ottima sintesi *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht. Großbritannien*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, *Verwaltungsrecht in Europa. Grundlagen*, hrsg. von A. von Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber, Heidelberg, Müller, 2010, p. 117 e ss., spec. pp. 124-25 (su Gneist); 128-31 (sulle riforme ottocentesche del *Local Government*).

⁽⁵⁶⁾ R. VON GNEIST, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, Berlin, Springer, 1871³, pp. III-V.

⁽⁵⁷⁾ Significativamente presente in ogni caso anche al pubblico inglese, pur se a distanza di circa 20 anni dalle edizioni tedesche, attraverso la più volte riedita *History of the English Parliament*, London, Clowes, 1889³, grazie alla traduzione di Augustus Henry Keane e la *History of the English Constitution* per la traduzione di Philip Ashworth, London, Clowes, 1891. Ricorda le lauree *honoris causa* ricevute da Gneist a Edimburgo, Oxford e Dublino, M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol.

zione, ma anche con una introspezione storica sulla lunga durata della vicenda costituzionale inglese che, da Dicey a Maitland a McIlwain, non mancherà di riscuotere credito ed attenzione, era un quadro del *Local Government* fondato nelle peculiarità storiche dello *State building* inglese, eppure, al tempo stesso, singolarmente lontano dalla realtà, incandescente, dell'Inghilterra di metà Ottocento e dalla *Municipal Revolution* ⁽⁵⁸⁾ avviata sin dal *Reform Act* del 1832.

A partire da questo momento, il *Local Government* era ormai divenuto il terreno privilegiato di crescita dell'*Administrative Law*, il fronte nel quale emergevano i nuovi bisogni sociali, resi esplosivi dalla rivoluzione industriale, dalle nuove conurbazioni cittadine, dai problemi di igiene e sanità pubblica, di strade, di reti fognarie, di acquedotti, di pauperismo. Non era tanto il rapporto con il centro, che continuava a svolgersi secondo i meccanismi tradizionali di contrattazione con Parlamento e Corona, a catturare l'attenzione, quanto la necessità di risposte immediate ed amministrativamente efficaci alle nuove urgenze sociali.

Ovviamente, tutto questo si traduceva anche in emergenze di tipo organizzativo: nella nascita disordinata e non programmata dei più diversi *ad hoc Bodies*, *Local Boards* investiti di compiti specifici e non generali (assistenza ai poveri, igiene, istruzione...), con l'effetto di una ulteriore frammentazione degli organi di governo locale; nella correzione delle sostanziali asimmetrie del gotico articolarsi delle circoscrizioni territoriali, a partire dalla faticosa ricerca di nuovi equilibri tra città e campagna, tra amministrazioni cittadine ed amministrazioni delle contee; nella messa in discussione dei tradizionali sistemi di reclutamento delle élites locali; nelle esigenze inedite di controllo e di indirizzo della spesa pubblica; più tardi, nel difficile coordinamento, di autorità e circoscrizioni sovrapposte ed

II, *Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 574. Ridimensiona invece sensibilmente l'influenza di Gneist sul pensiero giuridico inglese, B. KEITH-LUCAS, *Introduction*, in J. REDLICH, F.W. HIRST, *The History of Local Government in England*, London, McMillan, 1958 (1^a ed. 1903), p. XIII.

⁽⁵⁸⁾ Su questa celebre definizione di Ivor Jennings cfr. LOUGHLIN, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht. Großbritannien*, cit., p. 129.

interferenti l'una con l'altra, per lo svolgimento di servizi di primaria necessità ⁽⁵⁹⁾.

La questione, invece, del disegno complessivo — tanto rilevante e strategica, al contrario, nel processo di formazione statale in corso sia in Italia sia in Germania — neppure era in discussione. In altre parole, non era certo la coppia concettuale accentramento-decentramento, o appunto il *Selfgovernment* nella sua accezione amministrativa, a polarizzare, nel corso dell'Ottocento, i problemi dell'amministrazione locale, in una Inghilterra in cui erano mancati sia il vortice del centralismo napoleonico, sia le successive rivendicazioni decentralizzatrici.

Pur pesantemente investito, sin dall'inizio dell'età vittoriana, da trasformazioni profonde che incidevano sia sulla struttura organizzativa ed i modelli rappresentativi, sia sulle funzioni, e che innescavano un « conflitto incessante », di ordine tipicamente finanziario, tra centro e periferia, su chi dovesse sopportare i costi del rapido aumento dei compiti pubblici ⁽⁶⁰⁾, il *Local Government* conservava, nella sua collocazione all'interno dell'unità dell'ordinamento, tratti di forte continuità con la precedente costituzione territoriale.

Era una preoccupazione tutta continentale, dunque, quella che muoveva la lettura in terra inglese del *politischer Jurist* ⁽⁶¹⁾ Rudolf von Gneist. Ed era il grande « apparato sociologico » ⁽⁶²⁾, che quella lettura accompagnava ed animava, che in primo luogo ne spiegava il successo e la peculiarissima fortuna italiana.

I « rimedi » del *Selfgovernment* e della giustizia amministrati-

⁽⁵⁹⁾ Si veda in particolare la ricca, problematica, ricostruzione di ROBSON, *The development of Local Government*, cit.

⁽⁶⁰⁾ Sottolinea la rilevanza del conflitto finanziario tra centro e periferia, il rapporto di sintesi dedicato al caso inglese da Christine Bellamy, *Aspetti normativi e organizzativi, in I regimi della città. Il governo municipale in Europa tra '800 e '900*, a cura di F. Ruggie, Milano, Angeli, 1992, p. 35 e ss.

⁽⁶¹⁾ Nella felice intitolazione della monografia di Erich J. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895. Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1995.

⁽⁶²⁾ L. RAGGI, *La parabola di un concetto*, in *Annuario della Università degli Studi di Camerino*, 1907-8, p. 35, con espresso riferimento alla definizione che Gneist aveva dato di *Rechtsstaat*.

va, subito individuati come i pilastri fondamentali e necessariamente interconnessi del nuovo edificio istituzionale, che doveva costituire la definitiva torsione verso lo Stato giuridico, sono presentati al pubblico continentale da un'interpretazione che perlustra in profondità i fondali di Oltremarica, ma che rifiuta i tradizionali approcci alla costituzione inglese, da Montesquieu, a Blackstone, a Dicey, e propone invece una lettura che non ne individua più le peculiarità nell'onnipotenza parlamentare, nel governo di gabinetto, nella dialettica tra i partiti politici, ma nelle strutture amministrative. Solo da queste, solo dalla rigorosa giuridicità dell'azione amministrativa può derivare la capacità e il diritto al potere legislativo esercitato da un corpo parlamentare.

Le rappresentazioni consuete sono invertite, il punto di vista amministrativo assorbe quello costituzionale; alla centralità del parlamento si sostituisce la centralità dell'esecutivo, alla rappresentanza elettiva, la rappresentanza di una classe di proprietari terrieri, al « governo di partito », un « governo secondo il diritto ».

Non solo, anche la stessa rappresentazione amministrativa risulta pesantemente orientata dalle preoccupazioni continentali, che affondano nelle pericolose tensioni tra Stato e società e nella precaria legittimazione della classe dirigente. Sfumano quindi i grandi problemi del governo locale inglese dell'Ottocento: il posente avanzare della città sulla campagna; la istituzione progressiva di *boards* elettivi⁽⁶³⁾; la crescita impetuosa e disordinata delle funzioni e dei compiti. Sull'intera rappresentazione domina l'anacronistica immagine del giudice di pace, di un funzionario onorario espressione di una classe sociale, la *landed gentry*, dotata di una propria naturale rappresentatività, strategico anello di congiunzione, nel disegno di Gneist, tra *Selfgovernment* e quei compiti, che il giurista berlinese, proiettando anche in questo caso la propria forma mentis continentale, definiva di giustizia amministrativa.

(63) Sintomatica la dura critica che Gneist rivolge alla proposta di John Stuart Mill di estendere il modello elettivo alle rappresentanze municipali, attraverso la creazione di *local representative bodies*, cui Mill aveva dedicato il cap. XV delle *Considerations on representative Government* (retro, nota 29). La critica di Gneist è in *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksicht auf Verwaltungsreformen und Kreis-ordnungen in Preußen*, Berlin, Springer, 1869, pp. 51-59.

6. Selfgovernment: *la fortuna italiana*.

Sarà proprio questa peculiare miscela di anacronistici riferimenti inglesi e di sovrapposizioni continentali che farà breccia in Italia. Conosciuto sin dall'unificazione, Gneist consolida la sua fortuna nella penisola ⁽⁶⁴⁾ soltanto all'inizio degli anni Settanta, quando i suoi scritti dal contenuto più apertamente programmatico, calati sino in fondo nella dimensione politica e nei processi di riforma della Prussia di Bismark, che « non esita a por mano ad una riforma amministrativa ispirata dai migliori principi del *Selfgovernment* inglese » ⁽⁶⁵⁾, iniziano a diffondersi, diventando un imprescindibile punto di riferimento per l'intera letteratura sul parlamentarismo.

E da questo momento, Gneist diventa, per il lettore italiano ⁽⁶⁶⁾, il ponte privilegiato verso la terra inglese, verso « la forma storicamente perfetta di *Selfgovernment* », verso « l'amministrazione libera di tutti gl'interessi locali, attribuita ad una classe politica dirigente, previa la regia nomina, e sotto la tutela del diritto comune e della suprema autorità dello Stato » ⁽⁶⁷⁾.

Una lenta dissolvenza avvolgeva, così, anche nello Stato unitario, la ribollente situazione sociale delle città inglesi, le trasformazioni in corso, le modificazioni del sistema della rappresentanza verso il primato dei meccanismi elettivi. Al loro posto, l'immagine

⁽⁶⁴⁾ Una ricostruzione della fortuna italiana di Gneist, in SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 86 e ss; ID., *L'influenza tedesca*, in *Archivio ISAP*, N.S. 6, *Le riforme crispine*, vol. II, *Giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 543 e ss.

⁽⁶⁵⁾ BAER, *Bismark e Lanza o le riforme amministrative in Prussia e in Italia*, in *Nuova Antologia*, V (1870), vol. XIV, p. 255; C.F. FERRARIS, *Le riforme amministrative in Prussia. L'ordinamento dei circoli secondo la legge del 1872*, in « *Archivio giuridico* », XI (1873), pp. 282-313.

⁽⁶⁶⁾ Come già lo era stato per il lettore tedesco. Espressamente dedicato alle incursioni tedesche in terra inglese, W. PÖGgeler, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht. Ein Beitrag zur Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte 1748-1914*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995. Alle pp. 80-88 il profilo di Gneist. Un recente, efficace, aggiornamento della prospettiva in H.C. KRAUS, « *Selfgovernment* ». *Die englische lokale Selbstverwaltung im 18. und 19. Jahrhundert und ihre deutsche Rezeption*, in *Selbstverwaltung in der Geschichte Europa und Mittelalter*, hrsg. von Helmut Neuhaus, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 213 e ss.

⁽⁶⁷⁾ ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 148.

tradizionale di ordine, di equilibrio, di moderazione, che la radicata anglofilia portava con sé, si conservava intatta, semplicemente aggiornata nei suoi presupposti giuridici. Era il *Selfgovernment* a costituire, quasi per incanto, il nuovo collante sociale: « un vincolo durevole unisce così le classi opposte della società a servizio dello Stato » (68).

Ma cosa significava ora *Selfgovernment*, ferma questa sua acquisita e, per l'Italia, a questo punto, incontrovertibile, natura amministrativa? Semplicemente, appunto, « amministrazione dello Stato in sede locale ». Il *Selfgovernment* era la parola magica che consentiva di assorbire nella compagine statale « il disordine delle repubblicette locali », il « parlamentarismo localizzato », « la libera decisione degli interessi locali » (69), attraverso una istituzione sorta « spontanea dai costumi e dalle tradizioni » inglesi (70), forte di una propria organica rappresentatività sociale, ben diversa da quell'accentramento napoleonico che unito al principio della sovranità popolare aveva determinato « la negazione del governo giuridico nello Stato francese » (71).

Selfgovernment era in ogni caso l'antitesi dell'autonomia. Era semplicemente « l'esercizio responsabile di funzioni del governo localmente esercitate » (72), l'esercizio di funzioni pubbliche statali, e proprio per questo la magica soluzione in grado di colmare quella frattura, tanto profonda sul continente, tra Stato e società. In grado pure di assorbire la stessa comunità locale, il suo essere collettività di abitanti e quindi la sua stessa separatezza giuridica, all'interno dell'unitaria compagine amministrativa statale. In questo modo, anche la dialettica centro-periferia e lo stesso antagonismo tra governo locale e governo centrale, pure come si è visto ben presenti anche nell'esperienza inglese, venivano composti: Gneist, « con un'operazione scientificamente elusiva, ma politicamente efficace,

(68) GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin, Springer, 1879², trad. ital. a cura di Isacco Artom, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna, Zanichelli, 1884, p. 53.

(69) Ivi, pp. 142-143.

(70) M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1881, p. 254.

(71) GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto*, cit., p. 133 e ss.

(72) Ivi, p. 142.

trasformava il problema della *Selbstverwaltung* in un problema di organizzazione dell'amministrazione statale » (73).

Quella che Gneist fa filtrare dalle erudite perlustrazioni inglesi è quindi un'immagine compatta, unitaria, costruita grazie al superamento, in larga misura artificioso, del conflitto sociale e la completa saldatura di Stato e società, retrodatata però alla centralità di una istituzione, il giudice di pace, ormai in rapido, irreversibile, declino nella seconda metà dell'Ottocento, con l'imporsi dei modelli elettivi e il definitivo spostarsi dell'asse del governo locale dalle contee verso le amministrazioni cittadine (74). Ma è anche un'immagine che, all'unitarietà ordinamentale del modello inglese, sovrappone il rigido monismo statale del modello continentale, all'interno del quale il corpo locale non può essere a questo punto niente altro che un mero organo della persona giuridica dello Stato.

Un'immagine che nel contesto italiano aveva il notevole pregio di rimettere in corsa il radicato municipalismo, la consolidata anglofilia, il sempre rivendicato decentramento, in una linea di piena

(73) F. RUGGE, "Selbstverwaltung". *Metamorfosi di un concetto costituzionale nella Germania contemporanea*, in *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, a cura di P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1993, p. 180, all'interno di un'ampia ricostruzione degli itinerari concettuali della nozione.

(74) La critica più accesa si deve a Josef Redlich, enfatico smascheratore dei gotici anacronismi di Gneist ed acceso sostenitore di un *Selfgovernment*, « elected on the basis of popular suffrage » (J. REDLICH, F.W. HIRST, *The History of Local Government in England*, cit., p. 221. L'opera di Redlich era uscita originariamente in tedesco con il titolo *Englische Lokalverwaltung. Darstellung der inneren Verwaltung Englands in ihrer geschichtlichen Entwicklung und in ihrer gegenwärtigen Gestalt*, Leipzig, 1901). Redlich sposava dunque quel processo di democratizzazione, ormai assai avanzato nell'Inghilterra di fine Ottocento, che neppure in Italia passava inosservato, ma verso il quale nella penisola si manifestavano non troppo velate preoccupazioni. Cfr. P. BERTOLINI, *Il governo locale inglese e le sue relazioni con la vita nazionale*, Torino, Bocca, 1899, spec., vol. II; p. 457 e ss; e la relativa recensione di Domenico Zanichelli, *Un nuovo libro sul governo locale inglese*, in « *Giornale degli economisti* », serie 2, XIX (1899), pp. 468-470, secondo il quale: « a poco a poco s'introduce in quel vetusto edificio il principio elettivo e questo per gradi diventa nel fatto preponderante ». « Questa evoluzione democratica non è priva di pericoli [...]. Si può concepire uno Stato che nei suoi organismi più intimi ed essenziali è in mano solamente di chi non ha? ». Sul punto, l'attento commento di R. GHERARDI, *Le autonomie locali nel liberalismo italiano (1861-1900)*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 217-20.

convergenza con le istituzioni dello Stato unitario ⁽⁷⁵⁾, ora che « il vocabolo ‘autonomia’ » rappresentava « una voce esosa », « un indirizzo morale contro l’unità politica, che noi avevamo ottenuta a prezzo di grandi sacrifici » ⁽⁷⁶⁾.

Sarà questo messaggio suadente, di cui non sempre si era in grado di valutare l’anacronismo, a far breccia negli interessati lettori italiani, alle prese con una riflessione pubblica, larga e generale, sugli assetti istituzionali assunti dallo Stato unitario negli anni della sua rapida formazione, innescata dalla ‘rivoluzione parlamentare’ del 1876 e da una transizione tra Destra e Sinistra che nel modo in cui si era svolta già inaugurava la stagione trasformistica.

Un dibattito che coinvolgeva le grandi riviste dell’epoca, dalla *Nuova Antologia* alla *Rassegna Settimanale* e che si era propagato nelle più diverse sedi associative, sino a favorire importanti produzioni monografiche (da Silvio Spaventa a Marco Minghetti, da Pasquale Turiello a Gaetano Mosca, da Giorgio Arcoleo a Vittorio Emanuele Orlando) ed una significativa serie di traduzioni di opere straniere ⁽⁷⁷⁾.

Quel dibattito era stato a tutto tondo, era sceso in profondità, sino a toccare i gangli strategici dell’intero assetto istituzionale fissato nelle sue larghe linee costituzionali con l’unificazione politica e quindi declinato in concreto con le grandi leggi di unificazione amministrativa del 1865 e le scelte parallele di unificazione legislativa; aveva messo a nudo i rapporti tra politica ed istituzioni e tra « governanti e governati », ponendo in discussione e verificando nella loro attuazione concreta le grandi scelte fondative adottate, spesso frettolosamente, al momento dell’unificazione; era giunto sino ad interrogarsi sul futuro stesso dello Stato unitario.

Il dibattito non aveva soltanto riaperto il nodo dei rapporti

⁽⁷⁵⁾ Significativo il giudizio di Giorgio ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, Jovene, 1881, p. 138, ove si apprezza la nuova accezione di *Selfgovernment*, prima « tanto calunniato nelle citazioni e declamazioni del continente, che si tiene sinonimo di un decentramento quale sottrazione ai poteri dello Stato perché non sapea concepirsi la società che come antitesi allo Stato ».

⁽⁷⁶⁾ SPAVENTA, *L’autonomia universitaria*, discorso pronunciato alla Camera dei Deputati il 23 gennaio 1884, ora in Id., *La politica della Destra*, cit., p. 345.

⁽⁷⁷⁾ Lo abbiamo ripercorso in *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 111-167. Ci limitiamo qui ad un semplice richiamo.

centro-periferia e la problematica tenuta della soluzione accentratrice in una realtà che, come si è visto, non aveva tanto presto dimenticato le molte patrie regionali del periodo preunitario; aveva investito la stessa forma di governo parlamentare e la sua debole declinazione italiana; aveva messo per la prima volta sul tappeto il tema sinora sconosciuto della classe politica ed il problema della forma partito di un movimento liberale di cui si annunciavano pericolosamente i gravi difetti di egemonia su di un paese estraneo e lontano. Aveva infine assorbito, inaugurando un inedito 'germanismo amministrativo', che iniziava a cambiare, rispetto al consueto versante transalpino, l'orizzonte di prevalente riferimento culturale e progettuale, il tema del *Rechtsstaat*, traducendolo nella spaventiana « giustizia nell'amministrazione »: una parola d'ordine ed una bandiera che, in un'Italia liberale che, pochi anni prima, aveva varato una legge generale sulla giustizia amministrativa, implicavano necessariamente anche un bilancio attento e problematico degli esiti della scelta abolitiva del contenzioso.

Saranno le riforme crispine ad offrire le indispensabili risposte istituzionali. Il dibattito sul parlamentarismo si acquietava; cambiava di segno; su molti campi, a partire da quello travagliatissimo della giustizia amministrativa, la parola tornava ai giuristi.

Anche il successo sinora riserbato, in modo quasi unanimistico, sia pur con una ricchezza non indifferente di posizioni e di sfumature, alla parola d'ordine di *Selfgovernment*, iniziava a sbiadire.

Toccherà a Santi Romano, sul finire del secolo, come abbiamo visto all'inizio, distillare tutto questo materiale eterogeneo, emerso lungo la cerniera centro-periferia. A quel momento, il dibattito istituzionale già era sceso nel cono d'ombra della crisi di fine secolo; tante soluzioni erano ormai impraticabili. Il « germanismo amministrativo » si alimentava ormai di altre fonti: l'asse dell'attenzione italiana si stava spostando da Gneist verso Laband ed Jellinek ⁽⁷⁸⁾, presto verso Otto Mayer.

(78) Su questo cambio di direzione del 'germanismo', che accompagna ed asseconda la parabola dal *Selfgovernment* all'autarchia, F. RUGGE, *Dottrina tedesca e crisi dell'« autonomismo giuridico » in Italia fra Ottocento e Novecento*, in « Amministrare », XXIII (1993), p. 93 e ss.

Il *politischer Jurist* lasciava ormai il campo al « tempo delle cattedrali » ed alla definitiva impalcatura sistematica del modello amministrativo ottocentesco. Il gotico disegno di Gneist, che pure aveva favorito « l'uso comune delle parole 'autonomia', 'autarchia', 'autogoverno' », attraverso « opere che misero in luce così favorevole l'inimitabile sistema inglese del *Selfgovernment* »⁽⁷⁹⁾, era divenuto inservibile. L'« apparato sociologico » del giurista berlinese viene allora disattivato; non c'è più posto per l'anacronistico modello del funzionario onorario⁽⁸⁰⁾; il *Selfgovernment* cessa di essere « un edificio intermedio fra lo Stato e la società »⁽⁸¹⁾. L'autarchia in senso giuridico non può più consistere « nell'amministrazione per via di funzionari non retribuiti »⁽⁸²⁾.

Non così invece quella sostanziale equivalenza semantica raggiunta tra *Selfgovernment* e *Selbstverwaltung*⁽⁸³⁾, una equivalenza che veniva da lontano e che finalmente poteva racchiudersi, anche in lingua italiana, in un termine-concetto apposito, quello di *autarchia*. La questione del decentramento doveva ormai per intero risolversi nel grembo dell'amministrazione statale.

⁽⁷⁹⁾ ROMANO, *Decentramento amministrativo*, cit., p. 17.

⁽⁸⁰⁾ Un modello che pure sperimentava proprio in questo torno di tempo un suo tentativo di concreta radicazione istituzionale con l'introduzione di un Commissario civile per la Sicilia e più in generale con i tentativi di 'decentramento conservatore' di Antonio di Rudinì. Sul punto A. ROSSI DORIA, *Per una storia del decentramento conservatore: Antonio di Rudinì e le riforme*, in « Quaderni storici », VI (1971), p. 835 e ss.; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana. 1861-1993*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 176-78.

⁽⁸¹⁾ ROMANO, *Decentramento amministrativo*, cit., p. 50.

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 48.

⁽⁸³⁾ Divenuta a questo punto una sinonimia quasi perfetta. Fu Alfredo Codacci Pisanelli (*Recensione* a A. Salandra, *Trattato della giustizia amministrativa*, Torino, 1896, in « Archivio giuridico », LXVIII (1897), p. 291) a suggerire di « rendere la parola inglese *Selfgovernment* col vocabolo *autarchia*, che a quello straniero risponde perfettamente ». Anche per Carlo Francesco Ferraris, *Teoria del decentramento amministrativo*, Milano-Palermo, Sandron, 1898, p. 4, « con la parola di ottimo conio, *autarchia*, possiamo, senza alterarne il senso etimologico, esprimere esattamente la cosa, evitare ogni equivoco, tradurre letteralmente il *Selfgovernment* degli inglesi e la *Selbstverwaltung* dei tedeschi ». Più sfumata, come diciamo nel testo, la posizione di Santi Romano, ormai fermo nel prendere le distanze dalle definizioni di Gneist. Su tutta la vicenda lessicale del termine 'autarchia', imprescindibile la ricostruzione di CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica*, cit., p. 679 e ss.

La personalità giuridica del comune, la sua storica natura di *universitas* nell'esperienza continentale, venivano formalmente riconosciute e conservate. Nella sostanza, rese invece compatibili con il principio che « pubblico significa statale e per diritto moderno non può significare altro »⁽⁸⁴⁾. La grossolana « amministrazione diretta » di Gneist, l'immedesimazione organica di locale e statale, potevano esser messe da parte. L'ente autarchico manteneva intatta la sua soggettività, ma soltanto in quanto « amministrazione indiretta dello Stato », « in un rapporto di subordinazione qualificata o rinforzata », « come oggetto dell'amministrazione dello Stato »⁽⁸⁵⁾.

Il *pouvoir municipal*, già demolito dalla corrosiva critica di Jellinek⁽⁸⁶⁾, è definitivamente alle spalle; anche l'ingombrante municipalismo risorgimentale è stato assimilato; le rivendicazioni decentralizzatrici sono definitivamente acquisite; lo Stato di diritto risulta compatibile soltanto con un assetto organizzativo che statualizza per intero i corpi locali, li immette nell'amministrazione indiretta dello Stato e ne ordina le funzioni nell'alveo di quelle dello Stato.

Formule di connotazione, certo, che non arrestavano il trend impetuoso della « città che sale »⁽⁸⁷⁾ e che non erano di per sé in grado di comprimere « il peso che la periferia aveva inizialmente e

(84) ROMANO, *Il Comune. Parte generale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, SEL, 1908, vol. II, p. I, p. 521. Il saggio può essere oggi letto in Id., *Gli Scritti nel Trattato Orlando*, Milano, Giuffrè, 2003. Il passo cit. è a p. 450.

(85) Ivi, p. 593 (p. 538 della ristampa).

(86) G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. ital. a cura di Gaetano Vitagliano con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando, Milano, SEL, 1912, p. 304 e ss.: « Il Comune è stato elevato dallo Stato alla condizione di corporazione attiva di diritto pubblico: ma esso è tale, non in forza della sua propria immutabile natura, ma in forza del carattere dello Stato moderno » (p. 317). « La essenza giuridica dell'autoamministrazione può trovarsi soltanto nel rapporto che passa tra le attribuzioni di una corporazione soggetta al potere dello Stato e le attribuzioni dello Stato » (p. 320).

(87) Che a sua volta reclamava altri comparatismi ed altri confronti con le città europee, propri delle scienze comunali e dei nuovi saperi speciali dal taglio pratico-operativo. Sul punto F. LUCARINI, *Scienze comunali e pratiche di governo in Italia (1890-1915)*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 427 e ss.

che avrebbe conservato per lungo tempo » (88). Con non pochi risvolti normativi, comunque, se solo la Costituente riuscirà, mezzo secolo più tardi, a far filtrare qualcosa della geniale « eresia » di Hugo Preuß e dei suoi almeno parziali successi weimariani, tornando finalmente a valorizzare la naturale politicità dell'autogoverno locale.

(88) S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 99, critico nei confronti della « retorica » storiografica sull'accentramento amministrativo, ripresa dagli studi per il primo centenario delle leggi di unificazione amministrativa.

PETER COLLIN

KONZEPTIONEN, SPIELARTEN
UND WECHSELBEZIEHUNGEN ADMINISTRATIVER
UND JUSTIZIELLER AUTONOMIE IN DEUTSCHLAND
IM SPÄTEN 19. UND FRÜHEN 20. JAHRHUNDERT (*)

I. Einleitung. — 1. Einführende Bemerkungen. — 2. Das traditionelle Begriffsverständnis: Autonomie als Rechtsquelle. — II. Autonomie als in staatliche Aufgabenzusammenhänge integrierter Befugnis Komplex. — III. Konturen im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert. — 1. Administrative Autonomie. — *a*) Kommunale Autonomie. — *b*) Autonomie in unterbrochenen korporativen Traditionen. — *c*) Autonomie in neuen korporativen Strukturen. — *d*) Autonomie von Kapitalgesellschaften und Kartellen. — *e*) Autonomie in Vereinsform. — 2. Justizielle Autonomie. — *a*) Autonomie in staatlichen Einrichtungen. — *b*) Korporative Autonomie. — *c*) Autonomie in privaten Verbänden und Vertragsverbänden. — *d*) Die Entfaltung justizieller Autonomie in Schiedsgerichten. — IV. Verschränkungen administrativer und justizieller Autonomie. — V. Schluss.

I. *Einleitung*

1. *Einführende Bemerkungen.*

Autonomie ist ein Zentralbegriff für das Verständnis elementarer rechtshistorischer Entwicklungsverläufe in Deutschland im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert. Aus sich heraus ist der Terminus allerdings nicht eindeutig verständlich. So verwundert auch nicht, dass in der modernen Forschung verschiedene Begriffsverwendungen anzutreffen sind.

Zunächst lässt sich das Wort in einem eher allgemeinsprachlichen Sinn als Kontrastbegriff zu staatlicher Steuerung und Kontrolle

(*) Johannes Heymann, Eva-Maria Kuhn und Indra Spiecker gen. Döhm danken ich für wertvolle Hinweise.

verwenden ⁽¹⁾. In verfassungs- und verwaltungshistorischen Debatten, in welchen die Sonderstellung territorialer Einheiten oder der besondere rechtliche Status ethnischer oder religiöser Minderheiten thematisiert wird, wird das Problem der Abgrenzung zu « Selbstverwaltung » oder anderen Sonderstatusumschreibungen deutlich und damit auch die Schwierigkeit adäquater begrifflicher Erfassung ⁽²⁾. Hier geht es also eher um die Einordnung in eine moderne forschungsanalytische Terminologie und um die Entwicklung entsprechender Ordnungsraster. Demgegenüber geht die rechtshistorische Forschung zur Rechtsquellenlehre ⁽³⁾ des 19. Jahrhunderts und zur Privatautonomie natürlich vom zeitgenössischen Wortverständnis aus ⁽⁴⁾. Ansätze, die sich mit der « Autonomie des Rechts » gegenüber « Staat » und « Gesellschaft » befassen, müssen wiederum eigene Maßstäbe entwickeln ⁽⁵⁾. Damit sind die begrifflichen

⁽¹⁾ *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert - zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2011.

⁽²⁾ Siehe etwa L. ELLE, *Die Sorben - (Selbst-)Verwaltung einer nationalen Minderheit*, in *Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit*, hrsg. von H. Neuhaus, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, pp. 39-52; M. ASCHE, *Hugenotten und Waldenser im frühmodernen deutschen Territorialstaat zwischen korporativer Autonomie und obrigkeitlicher Aufsicht*, in *ivi*, pp. 63-94; J. F. BATTENBERG, *Die jüdischen Gemeinden und Landjudenschaften im Heiligen Römischen Reich. Zwischen landesherrlichen Kontrolle und Autonomie*, in *ivi*, pp. 101-136; T. SIMON, *Die Föderalisierung des Kaisertums Österreich nach 1860 und der Gedanke der Selbstverwaltung*, in *ivi*, pp. 257-283.

⁽³⁾ Zur Entfaltung des Begriffs der Rechtsquelle v.a. im 19. Jahrhundert ausführlich H. MOHNHAUPT, *Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert)*, in « Quaderni Fiorentini », 40 (2011), pp. 19-52.

⁽⁴⁾ Hierzu vor allem S. HOFER, *Die Diskussion um den Begriff „Privat-Autonomie“ in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert - zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2011, pp. 63-86; C. KREMER, *Autonomie als Rechtsquelle. Die Diskussion über nicht-staatliche Rechtsetzungsbefugnisse in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2012, pp. 3-32.

⁽⁵⁾ J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover, Juristische Studiengesellschaft, 1988, insb. p. 35 e ss.

rechtshistorischen Verwendungsmöglichkeiten bei weitem nicht erschöpfend aufgezählt. Weitere sollen im Laufe dieses Beitrags aus gegebenem Anlass Erwähnung finden.

Das in diesem Beitrag entwickelte Autonomieverständnis knüpft in vielerlei Hinsicht an die angesprochenen Bedeutungsvarianten an. Verfolgt wird aber eine Darstellungsabsicht, die diesen nicht oder nur teilweise zugrunde liegt: Herausgearbeitet und zugleich problematisiert werden soll ein Verständnis von Autonomie, mit welchem sich Kompetenzverlagerungen auf nichtstaatliche oder halbstaatliche Akteure im frühen deutschen Interventions- und Sozialstaat, also im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert, erfassen und damit auch zusammenfassen und typisieren lassen. Hiermit wird zugleich die Absicht verbunden, einerseits die Verbindungslinien zu älteren Regelungstraditionen zu veranschaulichen, andererseits und vor allem aber auch den rechtlichen Umbruch deutlich zu machen, der mit der Veränderung des staatlichen Aufgabengefüges und der Einführung neuer Formen staatlich-privater Koordination einherging.

Zur Gewinnung eines hierfür adäquaten Autonomiebegriffs ist es in einem ersten Schritt erforderlich, die Unterschiede zum zeitgenössisch herrschenden Verständnis von Autonomie als Rechtsquelle erkennbar zu machen. Dessen Grundzüge sollen gleich anschließend kurz ausgeführt werden (I.1) ⁽⁶⁾. Die Entwicklung einer Definition des hier zugrunde zu legenden Autonomiebegriffs folgt in einem nächsten Schritt (II.). Daran schließt sich die Darstellung von Regelungszusammenhängen an, die sich hiermit erfassen lassen; zugleich wird aber auch auf die Grenzen der Anwendung dieses Autonomieverständnisses aufmerksam gemacht (III.). Unterschieden wird dabei zwischen administrativer (III.1.) und justizieller Autonomie (III.2.), deren Verschränkungen im darauf folgenden

⁽⁶⁾ Die folgenden Ausführungen lassen die seinerzeitige Debatte nur in Umrissen erkennen und bringen deren Gehalt nur stark verkürzt zum Ausdruck; umfassende Ausarbeitungen finden sich vor allem bei G. BACHMANN, *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 179 e ss.; S. MEDER, *Ius non scriptum - Traditionen privater Rechtssetzung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009², p. 46 e ss.; HOFER, *Diskussion um den Begriff „Privat-Autonomie“*, cit., pp. 63-86; KREMER, *Autonomie als Rechtsquelle*, cit., pp. 3-32.

Abschnitt behandelt werden (IV.). Im Schlussabschnitt (V.) folgen einer kurzen Zusammenfassung eher tentative Erörterungen dazu, wie sich die hier angestellten Überlegungen in die Untersuchungsinteressen anderer rechtshistorischer Forschungsrichtungen einbetten lassen könnten.

2. *Das traditionelle Begriffsverständnis: Autonomie als Rechtsquelle.*

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts bildete sich eine starke Meinungsströmung in der juristischen Literatur heraus, die Autonomie als Rechtsquelle begriff. Nicht nur Gesetzgebung und Gewohnheit, eventuell auch Wissenschaft, kamen also als Erzeuger von Recht in Betracht, auch Regelungen, die die Inhaber von Autonomie hervorbrachten, sollte der Rechtsrang zuerkannt werden. Bei welchen innerstaatlichen Subjekten Autonomie zum Tragen kommen konnte, war durchaus umstritten. Man kann sagen, dass ab der Mitte des 19. Jahrhunderts und mit dem Vordringen etatistischer Rechtsvorstellungen dieses Autonomieverständnis zwar nicht in eine Krise geriet, aber sich hinsichtlich der Träger « echter » Autonomie eine gewisse Engführung herauskristallisierte: Staatliche Gesetze derogierendes und von staatlicher Bestätigung freies Recht konnten nur die hohen Adelshäuser (in Form ihrer Hausgesetze) und die einen auf alten Rechten beruhenden privilegierten Status genießenden Städte Wismar und Rostock hervorbringen (7). Auch wenn insbesondere der germanistische Zweig der Rechtswissenschaft auf der weiteren Geltung des Autonomiebegriffs auch für andere nichtstaatliche Verbände — Kommunen, öffentliche Genossenschaften, aber auch privatrechtliche Vereinigungen — beharrte, so konnte angesichts der unabweisbaren Vorgaben des positiven

(7) So die wohl herrschenden Meinung resümierend H. REIS, *Kritik des Begriffs und Umfangs der Autonomie nach deutschem Privatrecht*, Diss. jur., Erlangen, Weberstadt, 1902, p. 8 e ss., m. w. N. Derartige Engführungen werden hingegen noch nicht sichtbar bei W.E. WILDA, *Art. „Autonomie“*, in *Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten*, hrsg. von J. Weiske, vol. I, Leipzig, Wigand, 1830, pp. 539-560, 543 e ss., und P.A. PFIZER, *Art. „Autonomie“*, in *Staats-Lexikon*, hrsg. von C. v. Rotteck/C. Welcker, vol. I, Altona, Hammerich, 1834, pp. 724-728, 726 e ss.

Rechts die Fähigkeit zur Rechtssetzung doch nicht mehr aus eigenem Recht hergeleitet werden. Autonomie war — so dann auch in der Definition bei Gierke ⁽⁸⁾ — eine « Befugnis », also die staatlich eingeräumte Kompetenz « eines nichtstaatlichen Verbandes zur Erzeugung objektiven gesetzten Rechtes » — so die wohl die den herrschenden Meinungsstand wiedergebende Definition eines Rechtswörterbuchs zu Beginn des 20. Jahrhunderts ⁽⁹⁾.

Erkennbar wird zum Jahrhundertende hin noch eine weitere folgenreiche Akzentverschiebung: Autonomie wird zunehmend öffentlich-rechtlich konturiert. Träger von Autonomie in Form einer staatlich eingeräumten Befugnis sind öffentlich-rechtliche Verbände ⁽¹⁰⁾. Bis weit in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts war Autonomie eine Domäne des Privatrechts ⁽¹¹⁾, noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts wird diese teildisziplinäre Verortung deutlich ⁽¹²⁾. Das hatte natürlich damit zu tun, dass sich das Verwaltungsrecht als eigenständiges Fach erst zum Ende des 19. Jahrhunderts etablierte und das Recht der Korporationen — als maßgeblicher Träger der Autonomie — erst nach und nach in einem verwaltungsrechtlichem Zusammenhang behandelt wurde ⁽¹³⁾. Aber es hing auch mit einer funktionalen Bedeutungsänderung zusammen. Mit der endgültigen

⁽⁸⁾ O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, p. 142: « Befugnis eines Verbandes, der nicht Staat ist, sich selbst Recht zu setzen ».

⁽⁹⁾ W. SCHÜCKING, *Autonomie*, in *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, hrsg. von M. Fleischmann, vol. I, Tübingen, Mohr, 1911², pp. 290-298, 290; in der Sache ebenso O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, München, Duncker & Humblot, 1914², p. 87.

⁽¹⁰⁾ Deutlich z. B. bei J. HATSCHKE, *Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts*, Leipzig, Deichert, 1927^{5/6}, p. 52; H. PETERS, *Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände*, in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, hrsg. von G. Anschütz/R. Thoma, vol. II, Tübingen, Mohr, 1932, pp. 264-274, 264 e s.; dann auch bei E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, München/Berlin, Beck, 1961⁸, p. 421.

⁽¹¹⁾ Z. B. H. BRUNNER, *Art. „Autonomie“*, in *Rechtslexikon*, hrsg. von F. v. Holtzendorff, vol. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1875², pp. 146-148, 147.

⁽¹²⁾ Siehe der Titel der Arbeit von REIB, *Kritik des Begriffs und Umfangs der Autonomie nach deutschem Privatrecht*, cit.

⁽¹³⁾ Diese Zusammenhänge werden nach wie vor am besten deutlich bei K.-J. BIEBACK, *Die öffentliche Körperschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976.

Trennung von Autonomie und Privatautonomie geriet der instrumentelle Charakter ersterer stärker in den Blick.

II. *Autonomie als in staatliche Aufgabenzusammenhänge integrierter Befugniskomplex*

Diese Aspekte, also Autonomie als Befugniskomplex, ihre öffentlich-rechtliche Prägung und ihre Instrumentalisierung für öffentliche Aufgaben, sollen für die Ausarbeitung eines Autonomieverständnisses maßgeblich sein, welches in den folgenden Abschnitten in seinen konkreten rechtlichen Formen veranschaulicht wird. Dazu einige Vorbemerkungen: Ein derartiges Autonomieverständnis muss keinen rechtsdogmatischen Zuschnitt aufweisen. Es muss also nicht so gefasst sein, als müsste es als Rechtsbegriff für die Klärung seinerzeitiger Rechtsfragen einsetzbar und Grundlage für subsumtionsartige Zuordnungen sein können (diese Funktion hatte das Verständnis von Autonomie als Rechtsquelle). Eignen soll es sich vielmehr dafür, bestimmte seinerzeitige rechtliche Phänomene in der Weise zu erfassen, dass sie als typenverwandte Spielarten erkennbar werden. Es hat also eine beschreibungs- und erklärungs-erleichternde Funktion. Daher sind auch die Anforderungen an die Eignung der gewählten Definition, rechtliche Sachverhalte eindeutig und konturenscharf zu erfassen oder auszuschließen, geringer als bei einem in rechtsdogmatischer Zielrichtung entwickelten Autonomiebegriff; auch voraussehbare Grauzonen sind akzeptabel. Da aber auf der anderen Seite eine rechtshistorische Erklärungsabsicht mit ihm verbunden ist, darf es seinen Gehalt nicht aus bloßen politischen oder historischen Erklärungsansätzen beziehen, sondern muss an rechtliche Kriterien anknüpfen.

Ferner muss dieses Autonomieverständnis keine Deckungsgleichheit mit zeitgenössischen Verständnissen aufweisen; es dient ja der Klärung von Forschungsfragen, die im Heute entwickelt sind. Andererseits darf es aber auch nicht die zeitgenössischen Problemlagen und deren Reflexion verfehlen. Im günstigen Fall kann es gelingen, eigene — und damit moderne — Beobachtungsperspektiven und -absichten mit zeitgenössischen Sichtweisen zu verbinden, also aus diesen Ansatzpunkte für einen forschungsanalytischen Autonomiebegriff zu gewinnen. Solche Ansatzpunkte zeigen sich ins-

besondere in der Autonomiekonzeption Lorenz von Steins. Diese soll im Folgenden dargestellt werden. Herausgestellt werden sollen in diesem Zusammenhang auch die Unterschiede zum traditionellen Verständnis von Autonomie als Rechtsquelle.

Die Differenzen zu diesem traditionellen Autonomieverständnis zeigen sich zum einen bei der Frage nach der Einbindung von Autonomie in staatliche Aufgabenzusammenhänge und deren Trägern (1), zum anderen bei der Art von Autonomiebefugnissen (2).

(1) Wie Autonomie in ein Konzept der Erfüllung öffentlicher Aufgaben integriert werden konnte, hatte die Rechtslehre des 19. Jahrhunderts nur wenig beschäftigt. Eine gewichtige Ausnahme findet sich in der « Verwaltungslehre » Steins. Ausgangspunkt sind seine konzeptionellen Überlegungen zu einer sowohl freiheitlich-rechtsstaatlichen als auch proaktiven sozialen Verwaltung. Wesentliches Strukturelement einer solchen Verwaltung sind für ihn Selbstverwaltungskörperschaften und Vereine. Darin wird eine vom üblichen Schema abweichende Grenzziehung zwischen Staat und Gesellschaft sichtbar. Das Vereinswesen im weiteren Sinne wird bei Stein unterteilt in Vereine (im engeren Sinne) und Gesellschaften. Erstgenannte nehmen in ihren Vereinszweck auch allgemeine Interessen auf, letztere beschränken sich auf die Verwirklichung der privaten Einzelwillen. Nur diese eigentlichen Vereine sind für Stein Bestandteil der Verwaltung. Gemeinsam mit den — öffentlich-rechtlich organisierten — Selbstverwaltungskörperschaften bilden sie die « freie Verwaltung » (« freie Verwaltungskörper »), die damit von der unmittelbaren Staatsverwaltung abgegrenzt ist (14).

Gänzlich neu war diese Konzipierung des Assoziationswesens unter dem Gesichtspunkt des Allgemeinwohls nicht. Welcker hatte das wohltätige Wirken der Vereine für Gemeinwohlzwecke und deren Mitwirkung an öffentlichen Aufgaben als Teil eines anzustrebenden Repräsentativsystems hervorgehoben; allerdings stand dabei das Bemühen im Vordergrund, Argumente für eine scharfe staatliche Vereinsaufsicht zu entkräften (15). Noch entschiedener wird die

(14) L. v. STEIN, *Die Verwaltungslehre. Erster Theil, Zweite Abtheilung*, Stuttgart, Cotta, 1869², p. 14 e ss.

(15) C. WELCKER, *Art. „Assoziation“*, in *Staats-Lexikon*, hrsg. von C. v. Rotteck/C. Welcker, vol. II, Altona, Hammerich, 1835, pp. 21-52, 36 e ss.

Einordnung von Assoziationen als Träger öffentlicher Aufgaben von Mohl vorgenommen: Die Staatsverwaltung sollte sich auf jene Bereiche öffentlicher Aufgabenerfüllung beschränken, die nicht von den Bürgern — in kollektiver — Form bewältigt werden konnten, Vereine wurden somit Bestandteil der « Polizei ». Allerdings ging es Mohl hierbei vor allem darum, die fehlende Garantie der Vereinsfreiheit in der württembergischen Verfassung durch eine Berufung auf höhere staatskonzeptionelle Prinzipien zu überspielen ⁽¹⁶⁾. Und auch Gierkes « Genossenschaftsrecht » begriff das Vereinswesen natürlich nicht lediglich als Organisationsform privater Interessenskoordination. Vielmehr sollte sich das Volk über seine Verbände erst in staatsrechtlich relevanter Form formieren, die Funktionalisierung des Vereinswesens auch für soziale Aufgaben stand für ihn außer Frage ⁽¹⁷⁾. Die Ausführungen dazu, wie das moderne Vereinswesen in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezogen werden sollte, blieben aber skizzenhaft, knapp, unsystematisch und verstreut ⁽¹⁸⁾. Zu einer geschlossenen Konzeption gelangte er nicht.

Die Einbindung der Vereine, die sich nun nicht mehr nur unter dem Gesichtspunkt liberaler Individualverbürgungen legiti mierten, sondern auch durch ihre öffentlichen Zwecksetzungen ⁽¹⁹⁾, steht auch im Zusammenhang mit Steins Konzeption der « Freiheit » von Verwaltung. Verwaltung sollte die gesellschaftlichen Interessen integrieren und realisieren, was zweierlei bedeutete: Zum einen sollte die Verwaltung zwar gesetzliche Vorgaben umsetzen, ein Bestimmungsrecht im Hinblick auf das « Was » stand ihr

⁽¹⁶⁾ R. v. MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, vol. I, Tübingen, Laup, 1846², p. 377 e s. Zu den diesbezüglichen Assoziationsvorstellungen Welckers und Mohls sowie zu weiteren ähnlichen Positionen umfassend F. MÜLLER, *Kooperation und Assoziation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, p. 294 e ss.

⁽¹⁷⁾ O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. I, Berlin, Weidmann, 1868 (ri. Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954), p. 865 e ss. Vgl. auch G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein „Juristensozialismus“ Otto v. Gierkes?*, in « Quaderni Fiorentini », III-IV (1974-75), pp. 319-365, 357.

⁽¹⁸⁾ V. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., pp. 655, 822 e ss., 865 e ss., 900.

⁽¹⁹⁾ U. SCHEUNER, *Zur Rolle der Verbände im Rahmen der sozialen Verwaltung nach der Lehre von Lorenz von Stein*, in *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, hrsg. von R. Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 273-304, 298.

somit nicht zu, weitgehende Dispositionsfreiheit war ihr aber hinsichtlich des « Wie » einzuräumen und damit auch ein umfassender inhaltlicher Gestaltungsfreiraum ⁽²⁰⁾. Zum anderen sollte sich gerade darin die Freiheit — im Sinne von Selbstbestimmung des Einzelnen — realisieren, und zwar in der Form der Mitwirkung an der Verwaltung; hierdurch sollte der Einzelwille mit dem allgemeinen Willen vermittelt werden ⁽²¹⁾.

Von dieser Konstruktion administrativer Aufgabenerfüllung ausgehend, gelangt Stein schließlich zu seinem Autonomieverständnis. Autonomie bedeutet für ihn das « Recht, bestimmte Beschlüsse anstatt der Staatsgewalt, und diese mit dem Recht des Willens der Staatsgewalt, zu fassen », oder in anderen Worten: das « Recht, vermöge der verfassungsmäßigen Organe der juristischen Persönlichkeit Verordnungen und Verfügungen innerhalb der Kompetenz derselben zu erlassen und dieselben durch die eigenen Organe zu verwirklichen » ⁽²²⁾.

Dieses Autonomieverständnis Steins löst sich von der alten Diskussion darüber, welchen konkreten Trägern Autonomie zuzusprechen ist. Entscheidend für ihn ist allein das Tätigwerden anstatt der Staatsgewalt und somit die Einbindung in staatliche Aufgabenzusammenhänge. Hierfür konnten — wie gesehen —, auch private Verbände in Betracht kommen. Stein erweist sich damit als außerordentlich modern, zieht man in Betracht, in welchem Ausmaß halbstaatliche und nichtstaatliche Akteure im frühen Interventions- und Sozialstaat für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben herangezogen und mit verschiedenen Ermächtigungen ausgestattet wurden.

(2) Weiter wird bei Stein eine veränderte Sichtweise auf die Modi von Autonomie sichtbar. Er löste sie aus der Diskussion um ihren Charakter als — dem staatlichen Gesetz gleichwertige — Rechtsquelle heraus. Autonomie umfasste bei Stein sehr wohl auch

⁽²⁰⁾ STEIN, *Die Verwaltungslehre*, cit., p. 64.

⁽²¹⁾ S. KOSLOWSKI, *Die Geburt des Sozialstaats aus dem Geist des Deutschen Idealismus. Person und Gemeinschaft bei Lorenz von Stein*, Weinheim, VCH Acta Humaniora, 1989, p. 166 e ss.; ähnlich auch schon E.R. HUBER, *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, in Id., *Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee*, Stuttgart, Kohlhammer, 1965, pp. 127-143, 129 e s.

⁽²²⁾ V. STEIN, *Die Verwaltungslehre. Erster Theil, Zweite Abtheilung*, cit., p. 61.

Normsetzung, aber eben keine der Gesetzgebung adäquate Normsetzung. Es handelte sich bei ihm um gesetzessvollziehende Regulationsgebung. Und er bezog die Normumsetzung, also den Vollzug der Verordnungen und Verfügungen in die mit dem Begriff der Autonomie umschriebene Kompetenz ein, konturierte sie damit also sowohl in Bezug auf die Normsetzungs- als auch die Normumsetzungsebene administrativ.

Bekanntlich floss die Stein'sche Konzeption nicht in spätere juristische Systembildungen ein. Der umfassende, in einem Hegel'schen Duktus formulierte und relativ abstrakt ausgearbeitete Entwurf stand dem Trend der Zeit zu positivistischer und teilfachlich ausdifferenzierender Ordnung des Stoffes entgegen, der weitreichende Darstellungs- und Erklärungsanspruch konnte partiell nur unter Verzicht auf fachliche Tiefe bewältigt werden, für die Praxis war das Werk nur wenig brauchbar ⁽²³⁾. Auch mochten die « in Hegelscher Nebelhaftigkeit gehaltenen Formulierung(en) » ⁽²⁴⁾ so manchen Leser abgeschreckt haben. Was aber blieb, war die Herausarbeitung eines Autonomieverständnisses, welches in Bezug auf die Rechtswirklichkeit des heraufziehenden Interventions- und Sozialstaats viel besser geeignet war, Erscheinungsformen privatstaatlicher Koordination analytisch zu erfassen, da es sowohl in Bezug auf die Regelungsformen als auch hinsichtlich der Akteure einen weiteren Geltungsbereich aufwies: Im Unterschied zum Modell der Autonomie als Rechtsquelle erfasste es auch untergesetzliche Regelungen — und deren Vollzug —; anders als das spätere auf juristische Personen des öffentlichen Rechts bezogene Autonomieverständnis bezog es auch privatrechtlich verfasste Verbände ein.

Allerdings beschränkte sich das Stein'sche Autonomieverständnis auf eine administrative Komponente: den Erlass von Verwaltungsregeln und deren Vollzug ⁽²⁵⁾. Verbindungslinien zur Aus-

⁽²³⁾ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II, München, C.H. Beck, 1992, p. 391 e ss.

⁽²⁴⁾ R. SLAWITSCHKEK, *Selbstverwaltung und Autonomie*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1910, p. 102.

⁽²⁵⁾ Überlegungen, die eine Nähe zu justizmäßigen Formen von Autonomie aufweisen, finden sich bei Stein nur vereinzelt und verstreut, z. B., L. V. STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre. Erster Theil*, Stuttgart, Cotta, 1887³, p. 389 e s. (Erwähnung

übung justizieller Macht und zugleich Umriss einer umfassenden Konzeption von Autonomie finden sich allerdings bei anderen Autoren. Heinrich Rosin war es, der nicht nur den Selbstverwaltungsbegriff aus seinem kommunalen Bezug löste und auf nichtkommunale Verbände erstreckte, sondern auch Selbstverwaltung im weiteren Sinne als Beteiligung verstehen und damit für verschiedene Modi öffnen konnte: neben Selbstverwaltung im engeren Sinne auch « Selbstgesetzgebung » und « Selbstgerichtsbarkeit » (26). Andere Autoren gingen ebenfalls von einer solchen Trias aus (27).

Da diese Überlegungen ein Autonomieverständnis umreißen, welches sowohl bezüglich seiner Träger als auch im Hinblick auf die Modi sehr offen ist und der Bezug auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Vordergrund steht, soll hieran angeknüpft werden. Autonomie wird verstanden als Befugniskomplex, der nichtstaatlichen Akteuren bei der Wahrnehmung von Angelegenheiten mit Gemeinwohlbezug amtliche administrative oder justizielle Kompetenzen und zugleich die Möglichkeit der Koordinierung eigener Interessen vermittelt.

Die folgenden Ausführungen sollen, ausgehend von diesem Verständnis, verschiedene Realisierungsfelder von Autonomie und deren rechtliche Ausgestaltung sichtbar machen, wobei sich die Darstellung auf die Fragen konzentriert, inwieweit es sich dabei tatsächlich um die Wahrnehmung amtlicher Befugnisse, also rechtlich belangvolle Äquivalente zur Ausübung staatlicher Gewalt, handelte und inwiefern hierbei eine Interessenkoordinierung durch nichtstaatliche kollektive Akteure stattfand. Nicht im Zentrum steht dagegen das Problem, in welchem Ausmaß derartige Autonomie

« sozialer Schiedsgerichte », denen er eine große Zukunft prophezeit, was er aber nicht weiter ausführt); Id., *Handbuch der Verwaltungslehre. Zweiter Theil*, Stuttgart, Cotta, 1888³, p. 812 (Erwähnung von Handelsgerichten), Id., *Handbuch der Verwaltungslehre. Dritter Theil*, Stuttgart, Cotta, 1888³, p. 187 e ss. (Erwähnung von Arbeitsgerichten und Einigungsämtern als Bestandteil der « sozialen Verwaltung »). Eine Integration in sein in der « Verwaltungslehre » entwickeltes Autonomiekonzept findet sich nicht.

(26) H. ROSIN, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, in *Annalen des Deutschen Reichs* 1883, pp. 265-322, 308 e ss., 312.

(27) So L. RICHTER, *Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg*, Leipzig, Th. Weicher, 1927, pp. 75-170, 129.

durch staatliche Aufsicht oder andere Steuerungsmittel kontrolliert oder gelenkt wurde. Es ist nicht einem überkommenen etatistischen Verständnis, sondern einer realitätsgerechten Sichtweise auf die traditionellen Regelungsstrukturen von Autonomie in Deutschland geschuldet, diese als staatlich gebundene Autonomie wahrzunehmen, wobei Intensität und Umfang staatlicher Ingerenz natürlich variieren konnten. In der hier gewählten Perspektive wird Autonomie in ihrer Kompetenzsubstanz analysiert und nicht von ihren Limitierungen her betrachtet. Letztere bilden in dieser Sichtweise nicht die Essenz von Autonomie, sondern deren Korrelat ⁽²⁸⁾. — Die Darstellungsweise orientiert sich an Organisationsformen, die nichtstaatlichen Akteuren Platz boten, da die betreffenden Befugnis-komplexe üblicherweise an bestimmten Organisationsrechtsformen anknüpften. Auf die Behandlung der Tarifautonomie ⁽²⁹⁾ wird verzichtet, da diese schon umfassend rechtshistorisch aufgearbeitet ist ⁽³⁰⁾.

III. *Konturen im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert*

1. *Administrative Autonomie.*

Vorauszuschicken ist, dass sowohl in der zeitgenössischen Literatur als auch in der heutigen Forschung verschiedene Verständ-

⁽²⁸⁾ So dann auch v. STEIN, *Die Verwaltungslehre. Erster Theil, Zweite Abtheilung*, cit., p. 69: « Ihr großes Correlat ist nun die Oberaufsicht ».

⁽²⁹⁾ Das dieser zugrundeliegende Autonomieverständnis wurde vor allem von Sinzheimer entwickelt; siehe dazu nur O. KAHN-FREUND, *Hugo Sinzheimer (1875-1945)*, in *Hugo Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, hrsg. von O. Kahn-Freund/T. Ramm, vol. I, Frankfurt a. M./Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1976, pp. 1-31, 8 ss.

⁽³⁰⁾ Siehe nur P. ULLMANN, *Tarifverträge und Tarifpolitik in Deutschland bis 1914*, Frankfurt a. M. et al., Lang, 1977; S. HAINKE, *Vorgeschichte und Entstehung der Tarifvertragsordnung vom 23. Dezember 1918*, Kiel, Diss. jur., 1987; M. DRESCHERS, *Die Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags in Deutschland*, Frankfurt a. M. et al., Lang, 1994; M. BECKER, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1995, insb. p. 289 e ss.; J. ENGLBERGER, *Tarifautonomie im Deutschen Reich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995; G. BENDER, *Zäsurenzeit: Reflexionen zur Tarifautonomie*, in *Summa: Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte (193), hrsg. von R.M. Kiesow, Frankfurt a. M., Klostermann, 2005, pp. 1-18.

nisse von administrativer Autonomie — wenn auch in unterschiedlicher Begrifflichkeit (z. B. Verwaltungsautonomie, Behördenautonomie, kommunale Autonomie) — auftauchen. An sich am naheliegendsten wäre noch die Gleichsetzung von administrativer Autonomie mit kommunaler Selbstverwaltung bzw. mit der Selbstverwaltung anderer territorialer Einheiten. Vor dem Hintergrund des hergebrachten Verständnisses, welches Autonomie als Rechtsquelle begriff, fehlte es allerdings an der Deckungsgleichheit mit dem herrschenden Selbstverwaltungsbegriff, da dieser nur den Normvollzug erfasste⁽³¹⁾. Zu einem anderen Ergebnis kam nur, wer Gesetzgebungsautonomie und administrative Autonomie gleichermaßen als Komponenten der Selbstverwaltung begriff, wie dies Hatschek für die preußische Provinzialselbstverwaltung tat⁽³²⁾. Ein anderes Verständnis wiederum kam im Begriff der « Behördenautonomie » zum Ausdruck. Hierunter verstand man die Kompetenz einzelner Behörden, Binnenorganisation und Betriebsabläufe durch eigene Regeln zu steuern; die Geschäftsordnungsbefugnis der Parlamente galt hierfür als wichtigstes Beispiel⁽³³⁾. Es handelte sich also um ein Autonomieverständnis, welches an der Rechtssetzungsfunktion anknüpfte. Jedoch bestritt man auch dieser Kompetenz die Eigenschaft, eine besondere Form der Autonomie zu sein; es handele sich lediglich um « schriftlich fixierten Parlamentsbrauch »⁽³⁴⁾. Schließlich stößt man auf ein Autonomieverständnis, welches zwar schwerpunktmäßig auf administrative Befugnisse fixiert war, allerdings auch darüber hinausgriff. Gemeint ist die Autonomie einzel-

(31) H. BLODIG, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, Wien/Leipzig, Braumüller, 1994, p. 15; H. KINNE, *Die Autonomie der Kommunalverbände in Preußen*, Berlin, Heymann, 1908, p. 6; H. PETERS, *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen*, Berlin, Julius Springer, 1926, p. 38.

(32) J. HATSCHKEK, *Deutsches und Preußisches Staatsrecht*, vol. I, Berlin, Stülke, 1922, p. 122; in eine ähnliche Richtung schon — wobei im Unklaren gelassen wird, ob es sich um eine eigene Position oder die Referierung fremder Auffassungen handelt — BRUNNER, *Art. „Autonomie“*, cit., p. 147.

(33) So z. B. L. v. RÖNNE, *Das Staats-Recht des Deutschen Reichs*, vol. I, Leipzig, Brockhaus, 1876², p. 283; G. MEYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1893², p. 8; H. REISS, *Kritik des Begriffs und Umfangs der Autonomie nach deutschem Privatrecht*, Diss. jur., Erlangen, Weberstädt, 1902, p. 78 e s.

(34) HATSCHKEK, *Deutsches und Preußisches Staatsrecht*, cit., p. 16.

ner Volksteile bzw. Nationalitäten oder Religionsgruppen innerhalb eines Staates. Im deutschsprachigen Raum war dieses Autonomieverständnis allerdings nur im Habsburgischen Vielvölkerstaat zu einer etablierten Rechtsfigur erstarkt ⁽³⁵⁾. — In der heutigen Forschung wird der Begriff der autonomen Verwaltung dazu benutzt, um schlagwortartig die Unabhängigkeit der Exekutive von parlamentarischer Steuerung im klassischen Obrigkeitsstaat auf den Punkt zu bringen ⁽³⁶⁾. Als Form administrativer Autonomie lässt sich allerdings auch die Loslösung einzelner behördlicher Einheiten von zentralen Steuerungsvorgaben beschreiben ⁽³⁷⁾.

a) *Kommunale Autonomie*

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts fand ein grundlegender Wandel der städtischen Selbstverwaltung statt, welcher die Konturen gemeindlicher Autonomie erheblich veränderte. Zwar hatten schon die preußische Städtereform von 1808 und ähnliche Reformen in anderen deutschen Staaten die Kommunen aus staatlicher Bevormundung befreit, aber hiermit keine umfassende kommunale Verantwortung für die Wahrnehmung gemeindlicher öffentlicher Aufgaben verbunden. Im Gegenteil, in Preußen muss für die Gemeinden eine Verlustbilanz gezogen werden: Niedergerichtsbarkeit und Ortspolizei wurden den Städten entzogen und fest in die staatliche Behördenorganisation integriert ⁽³⁸⁾. Soweit eine kommunale Angelegenheit also polizeilicher Natur war, war sie weitgehend

⁽³⁵⁾ In diesem Sinn von autonomer Verwaltung sprechend G. STOURZH, *Die Gleichberechtigung der Nationalitäten in der Verfassung und Verwaltung Österreichs*, Wien, Verl. d. Österr. Akad. d. Wiss., 1985, p. 105 e ss.; zeitgenössische siehe z. B. J.-H. SCHWICKER, *Die Katholiken-Autonomie in Ungarn*, Pest, Aigner, 1870; ANONYM, *Über die Autonomie des italienischen Landesteils nach den Verhandlungen des Tiroler Landtages*, Innsbruck, Vereinsbuchh., 1902; *Statut über die autonome Verwaltung der islamitischen Religions-, Stiftungs- und Schulangelegenheiten in Bosnien und der Hercegovina*, o. O., Landesdruckerei Sarajevo, 1909.

⁽³⁶⁾ J. BOGUMIL / W. JANN, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland*, Wiesbaden, Verl. für Sozialwiss., 2009², p. 206.

⁽³⁷⁾ P. COLLIN / K.-G. LUTTERBECK, *Handlungsorientierungen moderner Verwaltung — eine Problemdarstellung*, in id., *Eine intelligente Maschine? Handlungsorientierungen moderner Verwaltung (19./20. Jb.)*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 1-22, 9.

⁽³⁸⁾ R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution*, Stuttgart, Klett, 1975² (ri. München, Klett-Cotta im Dtv, 1989), p. 565 e ss.

gemeindlicher Bestimmungsgewalt entzogen. Der Begriff der polizeilichen Angelegenheiten war außerordentlich weit gezogen und wurde auch in diesem Sinne praktiziert, also bei weitem nicht nur auf die Gefahrenabwehr beschränkt⁽³⁹⁾. Ähnlich verhielt es sich auch in anderen deutschen Staaten. Mit Ausnahme von Württemberg und Baden, die die Ortspolizei der Gemeinde zugewiesen hatten⁽⁴⁰⁾, gehörten Polizeiaufgaben zu den staatlichen Aufgaben⁽⁴¹⁾. Soweit solche von städtischen Magistraten wahrgenommen wurden, handelten diese als Teil der Staatsverwaltung.

Mit dem Begriff « kommunale Autonomie » lassen sich also nicht alle öffentlichen Angelegenheiten mit Ortsbezug erfassen, sondern nur einzelne Sektoren, vor allem die Verwaltung des eigenen Vermögens, welches insbesondere für den Betrieb gemeindlicher Anstalten zu verwenden war⁽⁴²⁾. Auf jenen Feldern, für welche

⁽³⁹⁾ Siehe dazu nur K. WOLZENDORFF, *Der Polizeigedanke des modernen Staats*, Breslau, Marcus, 1918 (ri. Aalen, Scientia Verl., 1964), p. 153 e ss.; A. LÜDTKE, *Polizeiverständnis preußischer Polizeihandbücher im 19. Jahrhundert. Zur Folgenlosigkeit akademischer Diskurse*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, hrsg. von E.V. Heyen, Frankfurt a. M., Klostermann, 1984, p. 307 (316 e ss.); M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II, München, Beck, 1992, p. 247 e ss., insb. p. 256; N. MATSUMOTO, *Polizeibegriff im Umbruch. Staatswecklehre und Gewaltenteilungspraxis in der Reichs- und Rheinbundpublizistik*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1999, p. 64 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Württemberg: § 3 Verwaltungsedikt für die Gemeinden, Oberämter und Stiftungen vom 1. März 1822 (Staats- und Regierungsblatt p. 131) (auch in C. ENGELI / W. HAUS, *Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland*, Stuttgart et al., Kohlhammer, 1975, p. 161 e ss.); Baden: § 6 p. 2 Gesetz über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden vom 31. Dezember 1931 (RegBl. p. 81) (auch in *ivi*, p. 208 e ss.). Wegen der starken Stellung der Staatsaufsicht wurde aber auch für Baden bezweifelt, ob man von einer kommunalen Aufgabe sprechen konnte; siehe dazu z. B. H. CROON, *Gemeindeordnungen in Südwestdeutschland*, in *Städteordnungen des 19. Jahrhunderts*, hrsg. von H. Naunin, Köln et al., Böhlau, 1984, pp. 233-271, 250.

⁽⁴¹⁾ Z. B. Sachsen: §§ 7, 111, 115, 178 e ss. und insbesondere p. 252 e s. Allgemeine Städte-Ordnung für das Königreich Sachsen vom 2. Februar 1832 (Sammlung der Gesetze und Verordnungen für das Königreich Sachsen p. 21); Bayern: §§ 67, 121 s. Verordnung, die künftige Verfassung und Verwaltung der Gemeinden im Königreiche betreffend (1818) (GBL. c. 49) (auch in ENGELI / HAUS, *Quellen*, cit., p. 135 e ss.).

⁽⁴²⁾ Umfassend dazu B. GRZYWATZ, *Stadt, Bürgertum und Staat im 19. Jahrhundert. Selbstverwaltung, Partizipation und Repräsentation in Berlin und Preußen 1806 bis 1918*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 123 e ss.

der Gemeinde Selbstverwaltung eingeräumt war, fand dann in der Tat bürgerliche Selbstorganisation, wenn auch in dem Ordnungsrahmen, wie ihn die Gemeindegesetze vorgegeben hatten, statt ⁽⁴³⁾. Die Gemeinde wurde hier nicht verwaltet als staatliche territoriale Einheit, sondern — verkürzt gesagt — als Verband der grundstücksbesitzenden Hausväter, die ihr Gemeinwesen überwiegend ehrenamtlich verwalteten. Dies war das alte Modell kommunaler administrativer Autonomie.

Der Umschwung, der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einsetzte, wurde in der Literatur mit der Formulierung: « von der gesellschaftlichen Korporation zur öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft » umschrieben ⁽⁴⁴⁾. Damit ist auch ein wichtiger Aspekt des Gestaltwandels kommunaler Autonomie angesprochen. Zunächst lässt sich eine sukzessive Ausweitung kommunaler Kompetenzen feststellen, die jetzt auch in den Bereich der Polizeiangelegenheiten hinübergriffen. Auch Planungsbefugnisse, die vorher den staatlichen Behörden zugestanden hatten, wurden der Gemeinde nunmehr als Selbstverwaltungskompetenz zugesprochen, wie z. B. die Straßenplanung ⁽⁴⁵⁾. Gerade die Zuweisung derartiger Planungsbefugnisse — hinzu kam dann die kommunale Planung von Versorgungs- und Verkehrsinfrastrukturen — erweiterte die Gestaltungsspielräume der Kommunen erheblich.

⁽⁴³⁾ P. COLLIN, *Kommunalrecht unter Regulierungsdruck in der Weimarer Republik*, in *Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2012, pp. 145-163, 146 e ss.

⁽⁴⁴⁾ W. HOFMANN, *Plebiszitäre Demokratie und kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Republik*, in « Archiv für Kommunalwissenschaften », IV (1965), pp. 264-281, 270.

⁽⁴⁵⁾ Zuerst in Baden: Art. 2 Ortsstraßengesetz vom 20. Februar 1868 (Regierungsblatt p. 286). Vorbildfunktion bekam dann das preußische Fluchtliniengesetz (Gesetz, betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften, vom 2. Juli 1875 [Preußische Gesetzsammlung p. 561]). Allerdings ist die gelegentlich anzutreffende Ansicht falsch, dass den Gemeinden vorher überhaupt keine Einflussnahmerechte in Bezug auf die städtische Straßenplanung zugestanden hätten. Ein starkes Mitbestimmungsrecht räumte untergesetzliche Regelungen ein; siehe: Vorbemerkung, Erlass des Handelsministeriums vom 12. Mai 1855 über die Aufstellung städtischer Bebauungs- resp. Retablissemenspläne (auch in C. DOEHL, *Repertorium des Baurechts und der Baupolizei für den Preußischen Staat*, Berlin, Thiele, 1867, p. 75 e ss.).

Doch auch wenn nunmehr bislang — unter Herrschaft eines weiteren Polizeiverständnisses — als polizeiliche geltende Angelegenheiten den Gemeinden zur Selbstverwaltung überwiesen wurden⁽⁴⁶⁾, so blieb die gemeindliche Autonomie doch aus zwei Gründen eine defizitäre. Erstens blieben diejenigen Aufgabenelemente, die die Gefahrenabwehr betrafen, weiterhin eine Domäne der staatlichen Polizei (bzw. der Magistrate als staatlicher Auftragsverwaltung)⁽⁴⁷⁾. Und zweitens verblieb die eigentliche «*Polizeigewalt*», also die Befugnis zum Erlass zwangsweise durchsetzbarer Ge- und Verbote, in der Hand des Staates, soweit er diese Befugnisse nicht, wie z. B. in Baden, ausdrücklich auf die Gemeinden übertragen hatte⁽⁴⁸⁾. Das konnte z. B. bedeuten, dass die Gemeinde zwar einen Plan über die Errichtung einer Kanalisationsinfrastruktur aufstellen konnte, zu dessen Realisierung, d. h. zur Festlegung des Anschluss- und Benutzungszwangs für die einzelnen Anlieger, jedoch auf das Tätigwerden der Polizeibehörde angewiesen war⁽⁴⁹⁾. Man kann hier von einer Aufspaltung in Konzipierungs- und Realisierungskompetenzen sprechen. Lediglich in den Sektoren, die nicht zur Gefahrenabwehr zählten und innerhalb derer der Einsatz obrigkeitlicher Instrumente nicht erforderlich war, vereinigten sich diese Kompetenzen in der Hand der Gemeinde. Hierzu zählte beispielsweise die Einrichtung von Infrastrukturen zur Versorgung

⁽⁴⁶⁾ Auflistung solcher Angelegenheiten bei BLODIG, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, cit., p. 205.

⁽⁴⁷⁾ Dies galt z. B. für die Gasversorgung, wenn sie für die Straßenbeleuchtung eingesetzt wurde und damit in einem Zusammenhang mit der Gewährleistung der Sicherheit des Straßenverkehrs stand; siehe H.-D. BRUNCKHORST, *Kommunalisierung im 19. Jahrhundert, dargestellt am Beispiel der Gaswirtschaft in Deutschland*, München, Tuduv-Verl., 1978, p. 56.

⁽⁴⁸⁾ BLODIG, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, cit., p. 212 e ss.

⁽⁴⁹⁾ Siehe z. B. § 1 Polizeiverordnung, betreffend die Kanalisierung der Stadt Berlin, vom 24. Juli 1874 (abgedr. in *Berliner Gemeinderecht*, vol. V: *Kanalisation - Oertliche Straßenbau-Polizei, Abtheilung II (Kanalisation) - Wasserwerke*, Berlin, W. & S. Loewenthal, 1903, p. 111 e ss.). Aus der Praxis berichtet Entsprechendes B. GRZYWATZ, *Metropolitane Infrastruktur und staatliche Intervention im Kaiserreich, Städtische Investitionen, polizeiliche Gemeindeanstalten und der Ausgleich des Gemeindepartikularismus beim Aufbau kommunaler Vorsorgeleistungen in den westlichen Vororten Berlins, in Investitionen der Städte im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. von K. H. Kaufhold, Köln et al., Böhlau, 1997, pp. 199-239, 208.

mit Elektroenergie, da Rechtsbeziehungen sowohl zu den Nutzern als auch zu den privaten Versorgungsunternehmen hier größtenteils vertraglich ausgestaltet wurden.

Ab der Jahrhundertwende setzt sich immer mehr die Einsicht durch, dass die Ausübung von Selbstverwaltungsrechten auch der Armierung durch alle dafür notwendigen obrigkeitlichen Instrumente bedarf⁽⁵⁰⁾. Insofern kann man von einem Autonomiegewinn sprechen. Diesem steht allerdings ein Autonomieverlust in Bezug auf die Eigenverantwortlichkeit der Wahrnehmung — vor allem in der Zeit der Weimarer Republik — gegenüber. Erstens ergriff der Trend zu wachsender Professionalisierung und Bürokratisierung auch die Gemeindeebene. Die Gestaltungsmacht verlagerte sich von der Gemeindevertretung (die bis 1918 unter den Bedingungen eines sozial exkludierenden oder diskriminierenden Wahlrechts allerdings auch nur bedingt als Repräsentation der Einwohnerschaft angesehen werden konnte) auf die zunehmend hauptamtliche Verwaltung. Das Moment der bürgerschaftlichen Freiheit durch Mitwirkung — und somit die Autonomie durch bürgerverbandliche Selbstorganisation — verlor jedenfalls dadurch an Gewicht. Zweitens verdichtete sich die gesetzliche Programmierung. Dies geschah vor allem im Bereich der sozialen Fürsorge⁽⁵¹⁾. Leistungstatbestände, die im Detail die Voraussetzungen und Rechtsfolgen regelten, ließen nur geringe Spielräume für eigene Gestaltung. Dies galt auch dann, wenn derartige Aufgaben als Selbstverwaltungsaufgaben übertragen waren.

b) *Autonomie in unterbrochenen korporativen Traditionen*

Korporative Autonomie wird vor allem im Kammerwesen sichtbar. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts waren das Handwerk, weite Teile von Industrie, Handel und Landwirtschaft sowie die bedeutendsten freien Berufe, Ärzte und Rechtsanwälte, in Kammern organisiert. Um eine Fortführung korporativer Traditionen handelte es sich insofern, als sie ungeachtet ihrer spezialgesetzlichen Ausformung als Korporationen galten, also z. B. in Preußen dem allgemei-

⁽⁵⁰⁾ F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr, 1911¹, p. 89; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1931³, p. 532.

⁽⁵¹⁾ Hierzu M. STOLLEIS, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003, p. 129 e ss.

nen Rechtsregime des preußischen Korporationsrechts unterstanden⁽⁵²⁾ und die betroffenen Erwerbszweige teilweise schon im Ancien Régime korporativ organisiert waren. Bei Korporationen handelte es sich um einem gemeinnützigen Zweck dienende Gesellschaften, die mit Rechtsfähigkeit ausgestattet waren, welche allerdings nur privatrechtlich wirkte⁽⁵³⁾. Von ihrem Konzept her handelte es sich bei diesen Korporationen um besondere Organisationsformen einer mit Monopolanspruch auftretenden Staatsgewalt⁽⁵⁴⁾, die für Autonomie im Sinne einer Geltendmachung nicht-staatlicher Gestaltungsansprüche in öffentlichen Dingen im Prinzip keinen Raum ließ.

Der Bruch mit den Traditionslinien des Korporationsrechts des Ancien Régime bestand zum einen darin, dass die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geschaffenen Kammern überwiegend keine organisatorische Kontinuität mit den alten Korporationen aufwiesen. Am ehesten, aber nur in einzelnen deutschen Gebieten, war diese noch bei den Kaufleuten vorhanden: so in norddeutschen Handelsstädten (Bremen, Lübeck⁽⁵⁵⁾, Hamburg), wo die traditionsreiche Selbstverwaltung der Kaufleute im Rahmen einer Kammerorganisation und teilweise unter neuem Namen⁽⁵⁶⁾ fortgeführt wurde, oder im Osten Preußens, wo man die kaufmännische Gildenorganisation in « Kaufmännische Korporationen » überführ-

⁽⁵²⁾ §§ 25 e ss. II 6 ALR. Aus der Rechtsprechung siehe nur Urteil des PrOVG vom 21. März 1890 (PrOVGE 19, 62 (67); Entscheidung des PrOVG vom 28. November 1902 (PrOVGE 42, 44 e ss.).

⁽⁵³⁾ § 81 II 6 ALR.

⁽⁵⁴⁾ K.-J. BIEBACK, *Die öffentliche Körperschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, p. 64.

⁽⁵⁵⁾ Dazu umfassend U. KÜHL, *Von der kaufmännischen Korporation zur kommerziellen Interessenvertretung. Kaufmannschaft und Handelskammer zu Lübeck im 19. Jahrhundert bis zur Reichsgründung*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1993. Dort fungierte eine « Handelskammer » als Organ der kaufmännischen Korporation, *ivi*, p. 103 e s.

⁽⁵⁶⁾ Dies trifft vor allem auf die Handelskammern Hamburg zu. Die Umbenennung der « Commerzdeputation » in « Handelskammer » war kaum mit organisatorischen Veränderungen verbunden, M. GOLDSCHMIDT, *Organisation und Kompetenz der Hamburgischen Handelskammer*, Hamburg, Lütke & Wulff, 1922, p. 10 e ss., insb. p. 11 Fn. 2.

te ⁽⁵⁷⁾. Zwischen den alten Handwerkszünften und den gegen Ende des 19. Jahrhunderts entstandenen Handwerkskammern bestand hingegen keine organisatorische Kontinuität und die Berufsgruppen der Rechtsanwälte und Ärzte konnten sich größtenteils erst als freie Berufe, also nach Wegfall ihres halbamtlichen Status, in Kammern konstituieren. Schließlich war die korporative Zusammenfassung agrarischer Produzenten auch erst ein Produkt der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Zum anderen kommt ein Bruch mit den alten korporativen Traditionen dadurch zum Ausdruck, dass fast alle ⁽⁵⁸⁾ der im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts erlassenen Kammergesetze Bestimmungen enthielten, die die « Interessenvertretung » (bzw. die « Interessenwahrnehmung ») des betreffenden Berufsstandes bzw. Wirtschaftssektors als zentrale Aufgabe der Kammern auswiesen ⁽⁵⁹⁾. Hiermit ist eine konstitutive Komponente administrativer Autonomie bezeichnet.

⁽⁵⁷⁾ Pkt. 31 Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. September 1811 (PrGS p. 263); siehe auch W. FISCHER, *Unternehmerschaft, Selbstverwaltung und Staat. Die Handelskammern in der deutschen Wirtschafts- und Staatsverfassung des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964, p. 20 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Eine Ausnahme stellte die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (RGBl. p. 177) dar.

⁽⁵⁹⁾ Für die Handelskammern § 1 Gesetz über die Handelskammern vom 24. Februar 1870 (PrGS p. 134) (« die Gesamtinteressen der Handels- und Gewerbetreibenden ihres Bezirkes wahrzunehmen »), aber auch § 1 (bayerische) Verordnung, die Handelskammern und Handelsgremien betreffen, vom 25. Februar 1908 (abgedr. bei E. WENDTLAND, *Handbuch der Deutschen Handelskammern und sonstigen amtlichen Vertretungen. Zusammenstellung der Handelskammer-Gesetze sämtlicher deutscher Bundesstaaten*, Leipzig, Leiner, 1916, p. 19 e ss.) (« Förderung und Vertretung der Interessen des Handels und Gewerbes, der Industrie und des Bergbaus »), Art. 1 (badisches) Gesetz, die Handelskammern betreffend, vom 11. Dezember 1878 (WENDTLAND, cit., p. 75 e ss.) (« die Gesamtinteressen des Handels und der Industrie ihres Bezirkes wahrzunehmen »); für die Ärztekammern: § 2 Verordnung betreffend die Einrichtung einer ärztlichen Standesvertretung vom 25. Mai 1887 (PrGS p. 169) (« Erörterung aller Fragen und Angelegenheiten, welche den ärztlichen Beruf oder das Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege betreffen, oder auf die Wahrnehmung und Vertretung der ärztlichen Standesinteressen gerichtet sind »); für die Handwerkskammern: § 103 GewO i.d.F. des Änderungsgesetzes vom 26. Juli 1897 (RGBl. p. 663) (« Vertretung der Interessen des Handwerks ihres Bezirkes »); für die Landwirtschaftskammern: § 2 Gesetz über die Landwirtschaftskammern vom 30. Juni 1894 (PrGS p. 126) (« die Gesamtinteressen der Land- und Forstwirtschaft ihres Bezirkes wahrzunehmen »).

Allerdings verband sich die Zuweisung der Aufgabe « Interessenvertretung » nicht mit der Vorstellung einer Entgegensetzung von Interessen des betreffenden Berufsstandes bzw. Wirtschaftszweiges auf der einen und öffentlichen, vom Staat repräsentierten Gemeinwohlbelangen auf der anderen Seite. Interessenvertretung in diesem Sinne war keine Aufgabe, die allein nichtstaatlichen Akteuren oblag. Vielmehr stellte sich die Förderung der gedeihlichen Entwicklung eines Wirtschaftszweiges als Gemeinwohlaufgabe und als Element staatlicher Wirtschaftspolitik dar ⁽⁶⁰⁾. Insofern lässt sich das Kammerwesen auch in etatistische Konzepte einordnen, in der die Kammern vornehmlich als Informationsagenturen staatlicher Wirtschaftsförderung und -kontrolle fungierten; wohl am stärksten kommt dies im Modell der französischen Handelskammern mit verbeamtetem Vorstand, Zwangsmitgliedschaft und Berichtspflichten zum Ausdruck, welches in französisch besetzten Gebieten Deutschlands eingeführt wurde ⁽⁶¹⁾. Aus dieser Perspektive war der durch das Kammerwesen vermittelte Autonomiegehalt nur ein schwacher.

Auf der anderen Seite korrespondierte dem ökonomischen Aufschwung im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts ein wachsendes Selbstbewusstsein der wirtschaftlichen Eliten und eine Tendenz zur verstärkten Selbstorganisation. Hieraus erwachsen auch Impulse für eine stärkere Ausrichtung der Kammern auf die Realisierung von Mitgliederinteressen.

Allerdings ist dabei zu unterscheiden. Die Organisation der freien Berufe stand nicht im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses. Ihre Verkammerung erfolgte ohne großes Aufsehen und ohne dass dabei schwerwiegende Konflikte zu klären gewesen wären ⁽⁶²⁾. Das

⁽⁶⁰⁾ K. SEIDEL, *Die Handelskammer-Gesetzgebung der wichtigeren deutschen Länder*, Borna b. Leipzig, Noske, 1929, p. 15.

⁽⁶¹⁾ Hierzu — und zugleich auf einige Modifikationen hinweisend — P. GRABSKI, *Geschichtliche Entwicklung der Handelskammern in Preußen bis zur Königlichen Verordnung vom 11. Februar 1948*, Berlin, Schade, 1907, p. 4 e ss.; J. KEUCHER, *Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammer-Systems*, Weissenfels a. S., Kell, 1931, p. 11 e ss.

⁽⁶²⁾ Einzelne Bedenken bestanden noch gegen eine kammermäßige Selbstorganisation der Ärzte, allerdings stand das der Errichtung von Kammern letztlich nicht entgegen; siehe dazu C. HUERKAMP, *Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert. Vom*

Handwerk kämpfte seit dem Wegfall der alten Zunftverfassung um eigene Organisationsstrukturen, blieb jedoch damit lange ohne Erfolg. Eine überzeugende Alternative zur Innungsorganisation ließ länger auf sich warten. Die Bündelung von Interessenvertretung in privaten Vereinen war schwach ausgeprägt, die Gewerbevereine, in denen auch Handwerker involviert mitwirkten, waren oft staatlich dominiert ⁽⁶³⁾. In den beiden letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts konzentrierte sich die Handwerkerschaft auf die Einrichtung halbamtlicher Strukturen, die möglichst viele Elemente des alten Zunftwesens aufnehmen sollten ⁽⁶⁴⁾; teilweise erfüllten sich diese Forderungen in der Gewerbeordnungsnovelle von 1897 ⁽⁶⁵⁾. Die Landwirtschaft wies ebenfalls einen nur schwachen Organisationsgrad auf, was die Entwicklung eigener leistungsfähiger Interessenverbände betraf ⁽⁶⁶⁾. Zwar existierten in den meisten deutschen Staaten landwirtschaftliche Vereine, jedoch waren diese von der staatlichen Administration dominiert ⁽⁶⁷⁾. Die Umwandlung dieser Vereine in Landwirtschaftskammern gegen Ende des Jahrhunderts erfolgte meist auf staatliche Initiative ⁽⁶⁸⁾. Demgegenüber entwickel-

gelehrten Stand zum professionellen Experten. Das Beispiel Preußen, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1985, p. 262 e ss.

⁽⁶³⁾ T. HAMPKE, *Handwerker- oder Gewerbekammern?*, Jena, Fischer, 1893, p. 22 e s.; E. FALLER, *Die berufsständische und wirtschaftliche Organisation des pfälzischen Handwerks*, Diss., Erlangen, 1926, p. 11 e s.; H.-P. ULLMANN, *Interessenverbände in Deutschland*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1988, p. 43.

⁽⁶⁴⁾ P. JOHN, *Handwerk im Spannungsfeld zwischen Zunftordnung und Gewerbefreiheit. Entwicklung und Politik der Selbstverwaltungsorganisationen des Handwerks bis 1933*, Köln, Bund-Verl., 1987, p. 296 e ss.

⁽⁶⁵⁾ §§ 103 e ss. GewO i.d.F. des Gesetzes vom 26. Juli 1897 (RGBl. p. 663).

⁽⁶⁶⁾ W. BEHNKE, *Die Entwicklung der landwirtschaftlichen Spitzenorganisationen*, Ohlau in Schles., Eschenhagen, 1928, p. 12 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Für Preußen: W. GRAESCHKE, *Die Landwirtschaftskammern als Glied des landwirtschaftlichen Verwaltungsorganismus in Preußen*, Prenzlau, Mieck, 1905, p. 20; KEUCHER, *Geschichtliche Entwicklung*, cit., p. 64 e s.; N. STEINBECK, *Bürokratisierung und betriebliche Rationalisierung. Die preußischen Landwirtschaftskammern und die Entwicklung der Agrarverfassung im wilhelminischen Kaiserreich*, Frankfurt a. M. et al., Lang, 1997, p. 25; für Bayern: S. HARRECKER, *Der Landwirtschaftliche Verein in Bayern 1810-1870/71*, München, Beck, 2006.

⁽⁶⁸⁾ Dies gilt ausdrücklich für Preußen. Die anderen deutschen Staaten folgten jedoch größtenteils dem preußischen Modell, R. ALDENHOFF-HÜBINGER, *Agrarpolitik und Protektionismus. Deutschland und Frankreich im Vergleich 1879-1914*, Göttingen, Van-

ten sich in Industrie und Handel lebhaftere Diskussionen über die Organisationsform einer geeigneten Interessenvertretung. Wohl mehrheitlich tendierte man zur Errichtung öffentlich-rechtlich verfasster Kammern; das liberale preußische Handelskammergesetz von 1870 entsprach dann auch der damals herrschenden Stimmungslage in der Wirtschaft ⁽⁶⁹⁾.

Bei aller Verschiedenheit der Motivlagen kann man insgesamt sagen, dass nicht nur der Staat ein vitales Interesse an der Einrichtung eines umfassenden Kammersystems hatte, auch bei den betroffenen Berufs- und Wirtschaftsgruppen lässt sich doch mehrheitlich eine Präferenz für die Errichtung öffentlich-rechtlich verfasster Interessenvertretungen in Form von Kammern konstatieren ⁽⁷⁰⁾. Die damit verbundenen Vorteile für die gesellschaftlichen Akteure lagen auf der Hand: Durch die Zwangsmitgliedschaft schuf man sich eine stabile Finanzierungsbasis, auch konnte man von Amts wegen für « Alle » sprechen; der öffentlich-rechtliche Charakter war mit Statusgewinnen verbunden und schuf eine größere Nähe zum Staat — und damit auch verbesserte Einflussmöglichkeiten ⁽⁷¹⁾.

In welchem Umfang das Kammerwesen aber Autonomie vermittelte, also Gestaltungsmöglichkeiten für die nichtstaatlichen Akteure schuf, lässt sich nur anhand der konkret eingeräumten Kompetenzen feststellen. Generell trifft der zeitgenössische Befund zu, dass die korporative Autonomie der Kammern um die Jahrhundertwende lediglich das Recht zur statutarischen Regelung der Binnenorganisation umfasste ⁽⁷²⁾. Allerdings handelt es sich hierbei um

denhoeck & Ruprecht, 2002, p. 207. Überblick über die Kammergründungen in Deutschland bei F.X. ZAHNBRECHER, *Landwirtschaftliche Vereine und Landwirtschaftskammern in Bayern*, München, H. Weiffenbach, 1907, p. 55 e ss.

⁽⁶⁹⁾ Umfassend zur Debatte und zur Gesetzgebungsgeschichte FISCHER, *Unternehmerschaft, Selbstverwaltung und Staat*, cit., p. 69 e ss.

⁽⁷⁰⁾ Siehe nur ZAHNBRECHER, *Landwirtschaftliche Vereine*, cit., p. 34 e ss.; KEUCHER, *Geschichtliche Entwicklung*, cit., p. 20 e s.; JOHN, *Handwerk im Spannungsfeld*, cit., p. 194 e ss., 283.

⁽⁷¹⁾ P. COLLIN, *Privatisierung und Etatisierung als komplementäre Gestaltungsprozesse — ein historischer Rückblick auf das Problem „regulierter Selbstregulierung“*, in « Juristenzeitung » VI (2011), pp. 274-282, 276.

⁽⁷²⁾ G. MAYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, München et al., Duncker & Humblot 1919⁷ (ri. Berlin, Duncker & Humblot, 2005), p. 641.

Beurteilungen, die vom Verständnis der Autonomie als Rechtsquelle ausgehen. Nichtstatutarische Regelungsbefugnisse und andere administrative Kompetenzen (zu jurisdiktionellen Befugnissen im nächsten Abschnitt) werden hierdurch ausgeblendet. Bezieht man diese ein, ergibt sich folgendes Bild.

Allen Kammern war die Kompetenz eingeräumt, Satzungen zu erlassen, die — in den Grenzen der gesetzlichen Rahmenvorgaben — die Binnenorganisation und die Mitgliedschaftsbedingungen regelten; allerdings stand die Satzungsgebung bzw. Satzungsänderung zumeist unter staatlichem Genehmigungsvorbehalt ⁽⁷³⁾. Darüber hinausgehende Regelungsbefugnisse waren explizit nur den Handwerkskammern zugewiesen ⁽⁷⁴⁾: die Regelung des Lehrlingswesens und der Erlass von Prüfungsordnungen für die Meisterprüfung ⁽⁷⁵⁾.

Nicht einbezogen in diese Aufzählung sind normsetzende Aktivitäten, die man als mittelbare Normsetzung bezeichnen kann. So generierten die Leitungsorgane und die Ehrengerichtsbarkeit der Anwalts- und Ärztekammern ⁽⁷⁶⁾ eine Art Standesrecht, indem sie die gesetzlichen Generalklauseln für die anwaltliche Berufsaus-

⁽⁷³⁾ § 10 Gesetz über die Handelskammern i.d.F. des Gesetzes vom 19. August 1897 (PrGS p. 343) (Wahlstatuten); § 3 Gesetz über die Landwirtschaftskammern vom 30. Juni 1894 (PrGS p. 126) (Satzungsänderungen); Art. 1 § 2 Abs. 4 Gesetz über die Ärztekammern und einen Ärztekammerausschuß vom 30. Dezember 1926 (PrGS p. 353) (Satzungen für bestimmte Fürsorgeeinrichtungen); die Statuten der Handwerkskammern beschlossen die jeweils zuständigen Landeszentralbehörden, Änderungen der Statuten durch die Handwerkskammern waren genehmigungspflichtig, § 103m GewO i.d.F. des Gesetzes vom 18. Juli 1881 (RGBl. p. 233); auch das mit den Handwerkskammern verbundene Innungswesen war in der Freiheit der Satzungsgebung eingeschränkt: § 98b Gewerbeordnung i.d.F. des Gesetzes vom 18. Juli 1881 (RGBl. p. 233) (Statuten der freiwilligen Innungen); §§ 100c i.V.m. 84 GewO i.d.F. des Gesetzes vom 26. Juli 1897 (RGBl. p. 663) (Statuten der Zwangsinnungen).

⁽⁷⁴⁾ E. KÜHLMANN, *Das Recht der gesetzlichen Berufsvertretungen*, Karlsruhe, Braun, 1908, p. 40.

⁽⁷⁵⁾ §§ 103e Ziffer 1, 133 Abs. 4 GewO i.d.F. des Gesetzes vom 26. Juli 1897 (RGBl. p. 663).

⁽⁷⁶⁾ Für die Anwälte siehe A. FRIEDLÄNDER / M. FRIEDLÄNDER, *Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung*, München et al., Schweitzer, 1930³, Exkurs II zu § 28 Rn. 1; für die Ärzte F. Fidler, Gesetz über die ärztlichen Ehrengerichte, das Umlagerecht und die Kammern der Ärztekassen, § 3 Anm. 1.

übung ⁽⁷⁷⁾ in zahlreichen Entscheidungen bzw. Stellungnahmen konkretisierten, welche wiederum durch die Kommentarliteratur in systematisierte Darstellungen überführt wurden ⁽⁷⁸⁾. Die Handelskammern dokumentierten kaufmännische Gepflogenheiten und z. T. auch von Fachverbänden entworfene Muster-Geschäftsbedingungen, die sie den Gerichten zur Verfügung stellten, damit diese sie nach den Maßgaben des § 346 HGB ⁽⁷⁹⁾ in ihre Entscheidungsfindung einbeziehen konnten ⁽⁸⁰⁾. — Als Ausdruck von Autonomie lassen sich diese Phänomene nur bedingt einstufen, fehlte es doch sowohl an einer expliziten Kompetenzgrundlage als auch an einer rechtlichen Bindungswirkung. Unzweifelhaft verlieh aber die Ausstattung mit einem öffentlich-rechtlichen Status den Kammern die erforderliche Autorität, damit sie quasi-normativ aktiv werden konnten.

Ebenfalls in nur überschaubarem Maße wurden die Kammern mit eigenen administrativen Befugnissen ausgestattet. Zu nennen sind vor allem die Börsenaufsicht durch die Handelskammern ⁽⁸¹⁾ und die Überwachung der Innungen durch die Handwerkskammern in Bezug auf das Lehrlingswesen ⁽⁸²⁾. Nicht ignorieren darf man aber die Ausweitung von Einflussnahmemöglichkeiten durch Konsultativ- oder Mitentscheidungskompetenzen. Dies lässt sich nur durch Beispiele illustrieren. Zum einen hat man es mit institutionalisierter Partizipation zu tun: So entsandten die Ärztekammern

⁽⁷⁷⁾ § 28 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (RGBl. p. 177); § 3 Gesetz, betreffend die ärztlichen Ehrengerichte, das Umlagerecht und die Kassen der Ärztekammern, vom 25. November 1899 (PrGS p. 565) eine « gewissenhafte Berufsausübung » vor.

⁽⁷⁸⁾ FRIEDLÄNDER / FRIEDLÄNDER, *Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung*, cit., Exkurs II zu § 28 Rn. 1a e ss.

⁽⁷⁹⁾ « Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ».

⁽⁸⁰⁾ J. DEPARADE, *Die Kodifikation von Handelsgebräuchen durch die Industrie- und Handelskammern und ihre Bedeutung für den Handelsverkehr und die Rechtsentwicklung*, Magdeburg, Vereinigte Druckereien, 1927, p. 17 e ss.; kritisch zur Einbeziehung von Muster-Geschäftsbedingungen C. RITTER, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München/Berlin, H.W. Müller, 1932², § 346 Anm. 7.

⁽⁸¹⁾ §§ 1 Abs. 2 und 3, 9 Reichsbörsengesetz vom 22. Juli 1896 (RGBl. p. 157).

⁽⁸²⁾ § 103e Ziffer 2 GewO i.d.F. des Gesetzes vom 26. Juli 1897 (PrGS p. 663).

Vertreter in die Provinzial-Medizinal-Kollegien ⁽⁸³⁾, die Landwirtschafts- und die Handelskammern ihre Repräsentanten in die Wasserbaustraßenräte, welche über den Bau und den Betrieb von Wasserstraßen zu entscheiden hatten ⁽⁸⁴⁾, und in die preußischen Bezirkseisenbahnräte und den Landeseisenbahnrat ⁽⁸⁵⁾, welche in Fahrplan- und Tarifangelegenheiten zu beraten hatten bzw. der vor Erlass von Tarifbestimmungen sowie Betriebs- und Bahnpolizeireglements zu hören war ⁽⁸⁶⁾. Hinzu kam die punktuelle Heranziehung zu Verwaltungsentscheidungen, die in Anhörungsvorschriften geregelt war ⁽⁸⁷⁾.

Hiermit soll verdeutlicht werden, dass Autonomie nicht nur durch die Übertragung exklusiver hoheitlicher Entscheidungsbefugnisse konturiert wurde, sondern auch durch die Zuweisung von Mitentscheidungskompetenzen oder zumindest durch Berücksichtigungsregeln. Mit der Etablierung des Kammerwesens formierten sich somit Strukturen von unmittelbarer oder mittelbarer Kondominialverwaltung, die kammermäßig organisierten Interessen zu amtlicher Autorität verhalfen.

c) *Autonomie in neuen korporativen Strukturen*

Die Kammern waren nicht die einzigen körperschaftlichen

⁽⁸³⁾ § 3 Verordnung, betreffend die Errichtung einer ärztlichen Standesvertretung, vom 25. Mai 1887 (PrGS p. 169).

⁽⁸⁴⁾ § 3 Abs. 1 b Verordnung, betreffend die Einsetzung von Wasserbaustraßenräten für die staatliche Wasserbauverwaltung vom 25. Februar 1907 (PrGS p. 31).

⁽⁸⁵⁾ §§ 3, 10 Gesetz, betr. die Einsetzung von Bezirkseisenbahnräthen und eines Landeseisenbahnrates für die Staatseisenbahnverwaltung, vom 1. Juni 1882 (PrGS p. 313). Für das landwirtschaftliche Gewerbe hatte das Gesetz von 1882 die Beteiligung der landwirtschaftlichen Provinzialvereine vorgesehen, diese Funktion ging dann auf die Landwirtschaftskammern über.

⁽⁸⁶⁾ §§ 6, 14 Gesetz, betr. die Einsetzung von Bezirkseisenbahnräthen und eines Landeseisenbahnrates für die Staatseisenbahnverwaltung, vom 1. Juni 1882 (PrGS p. 313).

⁽⁸⁷⁾ So waren die Handwerkskammern vor der behördlichen Genehmigung von Ausbildungsvorschriften der Innungen zu hören, § 100p i.V.m. § 93 Ziffer 5 GewO i.d.F. des Gesetzes vom 26. Juli 1897 (RGL. p. 663); Moorschutzflächen sollten erst nach Anhörung der Landwirtschaftskammern festgelegt werden, § 2 Preußisches Moorschutzgesetz vom 20. August 1923 (PrGS p. 400) usw.

Einrichtungen, die seit Ende des 19. Jahrhunderts in jenem administrativem Sektor wirkten, den wir heute mittelbare Staatsverwaltung nennen⁽⁸⁸⁾. Als Innovationen traten in den 1880er Jahren die Körperschaften der Sozialversicherung auf den Plan: die Krankenkassen⁽⁸⁹⁾ und die Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung⁽⁹⁰⁾. Die Krankenkassen setzten sich mitgliederschaftlich aus den versicherten Arbeitnehmern zusammen. Die maßgebliche — über die Regelung der Binnenorganisation hinausgehende — Regelungskompetenz betraf die Festlegung von Beitragspflichten und Leistungen (innerhalb des Spielraums, den die gesetzlichen Rahmenvorschriften ließen). An sich handelte es sich um eine Bestimmungsgewalt, die auch in privaten Versicherungsvereinen ausgeübt wurde, jedoch wandelte sich die krankenkassenrechtliche Festsetzungsbezugnis in hoheitliche Macht, da sie das auf staatlich-gesetzlicher Anordnung beruhende öffentlich-rechtliche Versicherungsverhältnis konkretisierte. Allerdings lässt sich diese Befugnis nicht reibungslos in die Logik körperschaftlicher Autonomie einordnen. Denn ermächtigt zum Erlass des entsprechenden Statuts waren die Gemeinden, die Vereinsorgane — also die Repräsentanten der Mitgliedschaft — konnten (allerdings nur bei Vorliegen bestimmter Gründe) lediglich Statutenänderungen und einzelne Leistungs- und Beitragsanpassungen vornehmen⁽⁹¹⁾.

Ein wiederum andersartiger Charakter administrativer Auto-

⁽⁸⁸⁾ Umfassender Überblick mit jeweils kurzer Darstellung der rechtshistorischen Entwicklung bei W. KLUTH, *Funktionale Selbstverwaltung*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1997.

⁽⁸⁹⁾ Zwar könnte man das Krankenkassenwesen auch in eine weiter zurückreichende Tradition genossenschaftlicher gegenseitiger Hilfe einordnen — zu denken ist an das Kassenwesen des alten Handwerks, später dann auch an die Kassen von Arbeitervereinen —, jedoch ist der Bruch durch die Einführung einer staatlich organisierten Zwangsversicherung ein erheblicher; zu den dennoch vorhanden Aspekten von Kontinuität siehe P. COLLIN, *Optionen und Kontinuitäten regulierter Selbstregulierung in der frühen Kranken- und Altersversicherung*, in «Rechtsgeschichte», XVIII (2011), pp. 186-212.

⁽⁹⁰⁾ Die Rentenversicherung war nicht körperschaftlich, sondern anstaltlich organisiert.

⁽⁹¹⁾ §§ 23, 33, 36 Ziffer 3 Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 (RGBl. p. 73) für die Ortskrankenkassen als Referenzkörperschaften der Krankenversicherung.

nomie wird bei den Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung sichtbar, deren Mitgliedschaft sich aus den Vertretern der betreffenden Unternehmen zusammensetzte. Ihre Statutengebung war nicht fremdbestimmt. Die gesetzlich vorgeschriebene Beitragspflicht, durch die die finanzielle Basis für Entschädigungszahlungen geschaffen wurde, wurde intern durch die Einteilung der Unternehmen in Risikoklassen und durch statutarische Regelungen zur Risikoverteilung näher ausgestaltet ⁽⁹²⁾. Die Entschädigungsbeiträge wurden im Einzelfall durch Bescheid des Vorstandes festgesetzt; der hoheitliche Charakter dieser Entscheidungen kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass die Vorstände im Zusammenhang mit der Ausübung dieser Funktion als « untere Verwaltungsbehörden » bezeichnet wurden ⁽⁹³⁾. Ein Kompetenzfeld eigener Art entstand aber durch die Zuweisungen von Aufgaben und Befugnissen im Bereich der Unfallverhütung, also in einem Sektor, der üblicherweise in die Zuständigkeit der staatlichen Gewerbepolizei fiel. Die Vorstände wurden ermächtigt, für die Unternehmen verbindliche Unfallverhütungsvorschriften zu erlassen; Genossenschaftsbeauftragte überprüften, ausgestattet mit umfassenden Kontrollbefugnissen, die Einhaltung dieser Vorschriften ⁽⁹⁴⁾. Gerade bei der Unfallverhütung zeigt sich der Doppelcharakter von Autonomie besonders deutlich: Einerseits handelt es sich um einen Fall der Verlagerung staatlicher Aufgaben und damit auch um eine Instrumentalisierung nichtstaatlicher Kollektivakteure für staatliche Zwecke, andererseits stand die Eigenorganisation der Unfallverhütung auch im Interesse der genossenschaftsangehörigen Unternehmen, da sie auf diese Weise über die effektivsten Wege zur Senkung des Unfallrisikos und damit ihrer eigenen finanziellen Belastung entscheiden konnten ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹²⁾ §§ 28 s. Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 (RGBl. p. 69).

⁽⁹³⁾ §§ 57, 62 Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 (RGBl. p. 69).

⁽⁹⁴⁾ §§ 78 e ss., 82 e ss. Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 (RGBl. p. 69).

⁽⁹⁵⁾ W. AYASS, *Regulierte Selbstregulierung in den Berufsgenossenschaften der gesetzlichen Unfallversicherung*, in *Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2012, pp. 123-143, 132 e ss.

d) *Autonomie von Kapitalgesellschaften und Kartellen*

Privatrechtlich organisierte wirtschaftliche Konglomerate wie Kapitalgesellschaften und Kartelle als Autonomieträger zu bezeichnen, erscheint problematisch. Wenn dies hier dennoch geschieht, dann deshalb, weil das oben skizzierte Autonomieverständnis teilweise auch bei diesen Akteuren zum Tragen kommt. Allerdings muss unterschieden werden: Die maßgebliche Kapitalgesellschaftsform des 19. Jahrhunderts, die Aktiengesellschaft, konnte zumindest bis zur Liberalisierung des Aktienrechts 1870 Korporationsstatus und daher in der herkömmlichen Sichtweise auch Autonomie beanspruchen. Das bedeutete aber zunächst nur die Einräumung der Satzungs Gewalt und die Anerkennung der Satzung als Recht. Darüber hinausgehende — administrative — Kompetenzen verlieh der Korporationsstatus nicht. Derartiges erwuchs auch nicht aus der Gemeinwohlausrichtung, die man Aktiengesellschaften für deren Konzession bzw. für den Erlass eines entsprechenden Privilegs abforderte: in Preußen bis zum Aktiengesetz von 1843 explizit ⁽⁹⁶⁾, danach (mit herabgesetzten Ansprüchen an die Gemeinnützigkeit) auf der Grundlage untergesetzlicher administrativer Regulative ⁽⁹⁷⁾. Mit der Aktienrechtsnovelle von 1870 ⁽⁹⁸⁾, also der Abschaffung des Konzessionssystems, wurden die Aktiengesellschaften ohnehin aus ihren öffentlichen Verpflichtungen entlassen.

Eine Ausnahme galt allerdings für die Eisenbahnaktiengesellschaften. Deren Verfasstheit bestimmte nicht das allgemeine Aktienrecht, sondern das Eisenbahnrecht, welches die Eisenbahnaktiengesellschaften mit einer Reihe hoheitlicher Befugnisse ausstattete: Erstens wurden ihnen bahnpolizeiliche Kompetenzen zugewiesen ⁽⁹⁹⁾. Die für deren Wahrnehmung zuständigen Bahnbedienste-

⁽⁹⁶⁾ § 25 II 6 ALR; siehe dazu und zu den Problemen der Auslegung E. KIEBLING, *Das preußische Aktiengesetz von 1843*, in *Aktienrecht im Wandel*, hrsg. von W. Bayer/M. Habersack, vol. I, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2007, pp. 193-236, 208 e s.

⁽⁹⁷⁾ M. SÖHNCHEN, *Die historische Entwicklung der rechtlichen Gründungsvoraussetzungen von Handels- und Aktiengesellschaften*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 135.

⁽⁹⁸⁾ Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 11. Juni 1870 (BGBl. Norddeutscher Bund p. 375).

⁽⁹⁹⁾ § 23 Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 (PrGS p. 505).

ten wurden behördlich vereidigt; dies galt auch nach der Verstaatlichung Ende der 1870er Jahre für die verbliebenen privaten Gesellschaften ⁽¹⁰⁰⁾. Zweitens räumte man den Gesellschaften die Befugnis ein, zur Verwirklichung ihrer Bauprojekte Enteignungsverfahren, wenn auch in Kooperation mit den Staatsbehörden, durchzuführen ⁽¹⁰¹⁾. Und drittens schufen die Gesellschaften ⁽¹⁰²⁾ Betriebsreglements, die auch Geltung gegenüber Dritten, also den Nutzern, beanspruchten. Ihre Legitimation geriet in Streit, als sich die Eisenbahngesellschaften auf diesem Wege der Haftung für Frachtschäden entledigen wollten ⁽¹⁰³⁾. Verteidigt wurde die Regelungsbefugnis mit dem Hinweis auf die « Autonomie » der Gesellschaften ⁽¹⁰⁴⁾. — Deutlich wird also, dass auch Kapitalgesellschaften als Autonomieträger fungieren konnten, dies jedoch nur in den Fällen, in denen sie umfassend in die Realisierung staatlicher Zielsetzungen einbezogen waren.

Ein solcher Fall konnte auch der Kriegsfall sein. Im Ersten Weltkrieg schuf man vor allem zur Sicherung der Rohstoffversorgung Kriegsgesellschaften in Form von Aktiengesellschaften oder von Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Mit Repräsentanten der einschlägigen industriellen Sektoren besetzt, nahmen deren Kommissionen Hoheitsbefugnisse diverser Art wahr (z.B. Preisfestsetzungen, Preisüberprüfungen, Unternehmenskontrollen) und waren gutachterlich für die Staatsbehörden tätig ⁽¹⁰⁵⁾. Auch wenn sie

⁽¹⁰⁰⁾ *Die Lage der Deutschen Privateisenbahn-Beamten*, hrsg. von Verband Deutscher Privateisenbahn-Beamter, Berlin, G. Heinicke, 1909, p. 2.

⁽¹⁰¹⁾ §§ 8, 11, 14 Preußisches Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 (PrGS p. 505); ähnliche Vorschriften waren auch in anderen deutschen Staaten erlassen worden, W. KOCH, *Deutschlands Eisenbahnen*, vol. I, Marburg, Elwert, 1858, p. 8 e ss.

⁽¹⁰²⁾ Ab Mitte des 19. Jahrhunderts wurde diese Aufgabe zunehmend von Eisenbahnverbänden übernommen.

⁽¹⁰³⁾ Im Detail hierzu R. POHLHAUSEN, *Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert*, Ebelsbach, Gremer, 1978, p. 66 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ So z. B. L. GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum, cauporum, stabilariorum*, in « Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht », III (1860), pp. 58-118, 331-385, 362.

⁽¹⁰⁵⁾ R. ROTH, *Staat und Wirtschaft im Ersten Weltkrieg. Kriegsgesellschaften als kriegswirtschaftliche Steuerungsinstrumente*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 148 e s., 152 e s.; M. ROHLACK, *Kriegsgesellschaften (1914-1918). Arten, Rechtsformen und Funktionen in der Kriegswirtschaft des Ersten Weltkrieges*, Frankfurt a. M. et al., Lang, 2001, p. 56, 76 e s.

natürlich in die staatliche Kriegswirtschaftspolitik eingegliedert waren, so stellten sich diese Gesellschaften auch als Ort privatwirtschaftlicher Interessenvertretung dar ⁽¹⁰⁶⁾; von den Zeitgenossen wurden sie als Ausprägung wirtschaftlicher Selbstverwaltung angesehen ⁽¹⁰⁷⁾.

Ein anderes Modell der Integration in öffentliche Aufgabenzusammenhänge und damit auch der Einbeziehung in den Kreis der Autonomieträger war das Kartell. Allerdings hatte man es hierbei mit speziellen Formen des Kartells zu tun. Die freiwilligen Kartelle, die seit den 1870er Jahren in großem Umfange entstanden, zählen nicht hierzu. Zwar wies man ihnen auch eine gemeinnützige Grundausrichtung zu, dies geschah jedoch in erster Linie, um sie vor liberalen Angriffen und dem Vorwurf der Unterhöhnung der Gewerbefreiheit zu schützen ⁽¹⁰⁸⁾. In der Sache handelte es sich um vollständig privatrechtlich verfasste Einrichtungen zur Koordinierung privatwirtschaftlicher Interessen.

Erst im Ersten Weltkrieg und der nachfolgenden Phase wirtschaftlicher Reformbemühungen ⁽¹⁰⁹⁾ zeichnete sich ein Muster neuartiger Kartellorganisation ab, dessen Erscheinungsformen unter der Bezeichnung « Zwangskartelle » zusammengefasst wurden. Die Gründe für deren Errichtung und die konkreten Ausgestaltungen variierten, gemeinsam war ihnen aber die Kombination aus privat- und öffentlich-rechtlichen Regelungselementen. Dabei konnte der staatliche Einfluss besonders stark ausgeprägt sein, wie bei den im Krieg geschaffenen Herstellungs- und Vertriebsgesellschaften der Schuhindustrie, deren Überwachungsausschuss mit zahlreichen

⁽¹⁰⁶⁾ ROHLACK, *Kriegsgesellschaften*, cit., p. 78, am Beispiel der Kriegsmetall-Aktiengesellschaft.

⁽¹⁰⁷⁾ Siehe dazu K. MEYER-HAMME, *Die Entwicklung der körperlichen Selbstverwaltung der Wirtschaft*, Diss. jur. Göttingen 1939, p. 29 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Ausführliche Nachweise bei R. SCHRÖDER, *Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, Ebelsbach, Gremer, 1988, p. 9 e ss.; K.W. RICHTER, *Die Wirkungsgeschichte des deutschen Kartellrechts vor 1914*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2007, p. 65 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Erste Bestrebungen in diese Richtung sind allerdings schon im Versuch der Zwangskartellierung der Kaliindustrie vor dem Krieg zu sehen; umfassend dazu M. MAETSCHKE, *Ursprünge der Zwangskartellgesetzgebung. Der Entwurf eines Gesetzes über den Absatz von Kalisalzen vom 12. Dezember 1909*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

Weisungsbefugnissen gegenüber den Einzelunternehmen versehen war ⁽¹¹⁰⁾. Die Kartelle konnten aber auch einen stärker partizipativen Charakter aufweisen, wie im Falle der von wirtschaftsdemokratischen Impulsen mitbestimmten Kartellierung der Kohlenwirtschaft 1919, deren Organisationseinheiten (Kohlensyndikate und der Reichskohlenverband als übergeordnete Organisationsebene) ⁽¹¹¹⁾ mit etlichen Hoheitsbefugnissen ausgestattet waren ⁽¹¹²⁾. Sie konnten schließlich auch « liberal » organisiert sein, wie bei den amtlich ins Leben gerufenen Verbänden der Milchwirtschaft in der Spätphase der Weimarer Republik ⁽¹¹³⁾; diese stärker auf die privaten Interessen ausgerichtete Organisationsform veranlasste auch das Schrifttum, sie stärker in die Nähe privatrechtlicher Genossenschaften zu rücken ⁽¹¹⁴⁾. — In all diesen Fällen boten jedenfalls die Zwangskartelle den privaten Unternehmen Räume für die Koordination ihrer Interessen und für deren Durchsetzung mit amtlichen Mitteln.

e) *Autonomie in Vereinsform*

Der Begriff der « Vereinsautonomie » ist ein in der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung gängiger Terminus. In seiner üblichen Verwendungsweise erfasst er allerdings nicht jene Ausformungen von Autonomie, denen das Interesse dieses Beitrages gilt. Vereinsautonomie im zeitgenössischen Verständnis war ein Topos, der Überlegungen zum Rechtscharakter von Vereinsatzungen bündelte, die allerdings nur die Regelung der Binnenverhältnisse betra-

⁽¹¹⁰⁾ Art. III §§ 1 ff. Bekanntmachung über die Errichtung von Herstellungs- und Vertriebsgesellschaften in der Schuhindustrie vom 17. März 1917 (RGBl. p. 236).

⁽¹¹¹⁾ Trotz der privatrechtlichen Grundstruktur tendierte die wohl herrschende Auffassung in der Rechtswissenschaft dazu, diese Einrichtung insgesamt als öffentlich-rechtliche Körperschaften zu klassifizieren; vgl. dazu MEYER-HAMME, *Entwicklung der körperlichen Selbstverwaltung der Wirtschaft*, cit., p. 52 e ss., m. w. N.

⁽¹¹²⁾ §§ 57 e ss., 69 e ss. Ausführungsbestimmungen zum Gesetz über die Regelung der Kohlenwirtschaft vom 23. März 1919 vom 21. August 1919 (RGBl. p. 1449).

⁽¹¹³⁾ § 54 Preußische Verordnung zur Durchführung des Milchgesetzes vom 31. Juli 1930 (Reichsgesetzbl. I p. 421) vom 16. Dezember 1931 (PrGS p. 259), der die Satzungsgebung weitgehend den Mitgliedsunternehmen überließ.

⁽¹¹⁴⁾ E.R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr, 1932, p. 23.

fen, also z. B. Vereinszweck, Organe, Verfahren der Willensbildung und Mitgliedschaftsrechte und -pflichten⁽¹¹⁵⁾. Damit bewegt man sich noch im Rahmen einer — wenn auch kollektiven — Privatautonomie. Darüber hinaus verweisen auch nicht jene zeitgenössische Stellungnahmen, die sich unter dem Schlagwort «Selbstverwaltung» gegen ein verstärktes staatliches Engagement richteten und bestimmte Tätigkeitsbereiche, wie die Krankenversicherung⁽¹¹⁶⁾ oder die Überwachung technischer Anlagen⁽¹¹⁷⁾, in der Obhut privater Vereine belassen wollten. Denn auch diese Vereine bedienten sich nur privatrechtlicher Instrumente⁽¹¹⁸⁾.

Dennoch hat man es damit zu tun, dass Vereine in großer Zahl und in den vielfältigsten Formen in öffentlichen Angelegenheiten engagiert und an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beteiligt waren. Soweit sie hierbei aber mit amtlicher Macht agieren wollten, bedurfte es zusätzlicher rechtlicher Mechanismen. Dies betraf zunächst den Bereich der Normsetzung. Von Vereinen erstellte Regelwerke existierten in großer Zahl, vor allem die technische Normsetzung war eine Domäne des privaten Verbandswesens⁽¹¹⁹⁾. Allerdings konnten derartige von Vereinen gesetzte Normen erst einmal keine über die Mitgliedschaft hinausgehende Verbindlichkeit beanspruchen, also keine rechtliche Außenwirkung entfalten. Auch eine

⁽¹¹⁵⁾ F.G. BÄR, *Die Schranken der inneren Vereinsautonomie - historisch-dogmatische Überlegungen zu einem Vereinsgesetz*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 1996, p. 158 e ss.; entsprechende Nachweise in der zeitgenössischen Rechtsprechung und Judikatur bei A. SCHÖBER, *Die Vereinsautonomie*, Diss. jur. Heidelberg, Köln, Zaun & Boden, 1936, p. 39 e ss.

⁽¹¹⁶⁾ So in einer Petition von Gewerk- und Arbeitervereinen an den Reichstag von 1869, abgedr. in: *Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik. 1867 bis 1914. 1. Abt.*, vol. V, Darmstadt, WBG, 1999, p. 79 e s.; einer Eingabe des Zentralrats der deutschen Gewerkvereine von 1870, abgedr. in *ivi*, p. 158; oder in einem Protokoll eines Verbandstages der Deutschen Gewerkvereine von 1875, abgedr. in *ivi*, pp. 341-344, 342.

⁽¹¹⁷⁾ I. v. FELD, *Staatsentlastung im Technikrecht. Dampfkesselgesetzgebung und -überwachung in Preußen 1831-1914*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2007, p. 198.

⁽¹¹⁸⁾ Bei den technischen Überwachungsvereinen galt dies allerdings nur für die Überwachung der Mitgliedsunternehmen; siehe näher dazu unten.

⁽¹¹⁹⁾ Ausführlich dazu M. VEC, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2006, p. 326 e ss.

mitentscheidende (nicht lediglich konsultative) Beteiligung von Vereinen am Erlass von Rechtsvorschriften war nicht vorgesehen ⁽¹²⁰⁾.

Ein Weg, Vereinsnormen zu rechtlicher Verbindlichkeit zu verhelfen, bestand darin, in Gesetzen auf sie als « anerkannte Regeln der Wissenschaft und Technik » zu verweisen ⁽¹²¹⁾, ein anderer darin, dass die Regierung die Staatsbehörden verpflichtete, solche Regelungen als Entscheidungsmaßstab, z. B. bei der Sicherheitsüberprüfung technischer Anlagen, zugrunde zu legen ⁽¹²²⁾. Von einer Autonomie der Vereine konnte somit die Rede sein, wenn die von ihnen geschaffenen Normen durch zusätzliche staatliche Akte zu (außen-) rechtlich bindenden Normen aufgewertet wurden.

Ebenfalls vielfältig gestaltete sich die Einbindung von Vereinen in den administrativen Vollzug. Inwieweit sie dabei als Träger von Autonomie agierten, hängt jedoch davon ab, in welchem Ausmaß sie mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet waren. Derartige Kompetenzüberweisungen findet man Ende des 19. Jahrhunderts bei den Dampfkesselvereinen. Hiermit wurden diese zur Anlagenkontrolle bei Nichtmitgliedern ermächtigt (die Überwachung der Mitglieder galt hingegen als privatrechtliche Tätigkeit) ⁽¹²³⁾.

Ein rechtsdogmatisches Institut für die Übertragung hoheitlicher Befugnisse an Einzelpersonen oder an Kollektivpersonen ohne öffentlich-rechtlichen Status, wie es heute unter dem Begriff der Beleihung existiert, war Ende des 19. Jahrhunderts noch nicht herausgearbeitet worden. Zwar hatte Otto Mayer den Begriff der « Verleihung » in das Verwaltungsrecht eingeführt. Hierunter verstand er einen « Verwaltungsakt, durch welchen für den Beliehenen das Recht des Besitzes an einem Stück öffentlicher Verwaltung

⁽¹²⁰⁾ Allenfalls mittelbar war dies vorgesehen in § 9 Futtermittelgesetz vom 22. Dezember 1926 (RGBl. I p. 525), der den Erlass rechtlicher Vorschriften über Probenentnahmen bei Futtermitteln im Wege der Vereinbarung zwischen dem Deutschen Landwirtschaftsrat und Vertretern der betroffenen Kreise vorschrieb. Allerdings war auch dieser Modus eine Ausnahme, so RICHTER, *Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung*, cit., p. 125, Fn. 72.

⁽¹²¹⁾ V. FELD, *Staatsentlastung im Technikrecht*, cit., p. 206.

⁽¹²²⁾ VEC, *Recht und Normierung*, cit., p. 260 e ss.

⁽¹²³⁾ V. FELD, *Staatsentlastung im Technikrecht*, cit., p. 195.

begründet wird zur Ausübung eigenen Namens » (124). Jedoch beschrieb er hiermit andersartige Rechteübertragungen, nämlich die Übertragung der Befugnis zur Nutzung einer öffentlichen Sache oder zum Betrieb eines öffentlichen Unternehmens (125); die Ausstattung mit amtlichen Kompetenzen konnte, musste aber nicht damit verbunden sein (126). Erst in der Weimarer Zeit hatte man sich dem auch heute geltenden Verständnis von « Beleihung » genähert (127).

Außerhalb solcher Kompetenzübertragungen lässt sich nur unter Einschränkungen von der Einräumung von Autonomie sprechen. Dies soll anhand der privaten Wohlfahrtsvereine verdeutlicht werden, die in besonders intensiver Weise in öffentliche Aufgaben eingebunden waren und mit staatlichen Stellen kooperierten. Zunächst sind personelle Verflechtungen zu nennen: So wirkten bürgerliche Honoratioren (die oft auch Vereinsvertreter waren) in den städtischen Armenkommissionen (128) und anderen staatlichen Hilfseinrichtungen mit (129). Auch rekrutierte sich das ehrenamtliche Personal für die kommunal organisierte Armenbetreuung vor allem aus Vereinsmitgliedern (130). Weiter wurde das Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Fürsorge in zahlreichen Städten durch Verträge zwischen der Kommunalverwaltung und den ansäs-

(124) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. II, München/Berlin, Duncker & Humblot 1917², p. 181.

(125) Ivi, p. 193 e ss., 459 e ss.

(126) Siehe dazu näher P. COLLIN, *Im Auftrag der Kasse. Überlegungen zum Gestaltwandel verwaltungsrechtsdogmatischer Konstruktionen und zu dessen rechtshistorischer Analyse*, in « Rechtsgeschichte », XIX (2011), pp. 37-51, 39 e ss.

(127) HATSCHKEK, *Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts*, cit., p. 356; HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., p. 47.

(128) In einzelnen Kommunen war eine Mitwirkung von Vereinsvertretern satzungsmäßig vorgesehen, in anderen entwickelte sich eine entsprechende Praxis, E. MÜNSTERBERG, *Die Verbindung der öffentlichen und der privaten Armenpflege*, in « Schriften des deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit », XIV (1891), p. 19 (27).

(129) Z. B. in den staatlichen Holzverteilungskommissionen in Bayern, M. DOEGE, *Armut in Preußen und Bayern (1770-1840)*, München, Uni-Druck, 1991, p. 259.

(130) T. KÜSTER, *Alte Armut und neues Bürgertum. Öffentliche und private Fürsorge in Münster während der Ära Fürstenberg bis zum Ersten Weltkrieg (1756-1914)*, Münster, Aschendorff, 1995, p. 227 e ss., 246.

sigen Vereinen geregelt ⁽¹³¹⁾. Hinzu kamen Vereinbarungen zwischen der Stadt und einem bestimmten Verein über die Übertragung konkreter Aufgaben ⁽¹³²⁾. Im ersten Fall wurden aber lediglich faktische Einflussnahmemöglichkeiten eingeräumt, im zweiten Fall nur privatrechtliche ⁽¹³³⁾ Verpflichtungslagen begründet.

Am ehesten nahmen die privaten Wohlfahrtsvereine noch im Rahmen kondominialer Arrangements an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse teil. Solche wurden vor allem im Zuge der umfassenden Vergesetzlichung der Fürsorge in der Weimarer Republik begründet. So wurde für bestimmte Verwaltungsentscheidungen vorgeschrieben, dass sie im Einvernehmen mit den privaten Verbänden ergingen ⁽¹³⁴⁾; die privaten Wohlfahrtsverbände konnten einen bestimmten Anteil der Sitze im Jugendamt ⁽¹³⁵⁾ und damit erhebliche Mitsprachemöglichkeiten beanspruchen; ähnliches war auf landesgesetzlicher Ebene für die allgemeine Fürsorge vorgeschrieben ⁽¹³⁶⁾. In diesen Fällen lässt sich von der Begründung administrativer Autonomie durch die Einräumung von Mitentscheidungsrechten sprechen.

2. *Justizielle Autonomie.*

Entsprechend den oben angestellten Überlegungen wird jus-

⁽¹³¹⁾ Abdruck zahlreicher Verträge bei MÜNSTERBERG, *Verbindung der öffentlichen und der privaten Armenpflege*, cit., p. 19 (49 e ss.), und K. HUBER, *Die Zentralisierung der Wohltätigkeit und Armenpflege in deutschen Städten*, München, Kutzner, 1912.

⁽¹³²⁾ So z. B. das « Abkommen zwischen der städtischen Armendeputation und dem Verein für weibliche Diakonie unter den Armen Breslaus », als Anlage 2 abgedruckt in MÜNSTERBERG, *Verbindung der öffentlichen und der privaten Armenpflege*, cit., p. 19 (49 e ss.).

⁽¹³³⁾ Als öffentlich-rechtliche Verträge wurden derartige Vereinbarungen — soweit ersichtlich — nicht eingestuft. Die frühe Debatte zum — ohnehin umstrittenen — öffentlich-rechtlichen Vertrag konzentrierten sich auf andere Fallgruppen; siehe W. PAKEERUT, *Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

⁽¹³⁴⁾ § 3 Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927 (RGBl. I p. 61).

⁽¹³⁵⁾ § 9 Abs. 2 Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 (RGBl. I p. 633).

⁽¹³⁶⁾ H. MUTHESIUS, *Fürsorgerecht*, Berlin, Julius Springer, 1928, p. 173.

tiziele Autonomie begriffen als Befugniskomplex, der nichtstaatlichen Akteuren bei der Wahrnehmung von Angelegenheiten mit Gemeinwohlbezug amtliche justizielle Kompetenzen und zugleich die Möglichkeit der Koordinierung eigener Interessen vermittelt. Dieses Verständnis grenzt sich damit von anderen in der Literatur anzutreffenden Bedeutungsgehalten ab.

Autonomie im Bereich der Justiz wird bislang noch am ehesten mit richterlicher Unabhängigkeit gleichgesetzt⁽¹³⁷⁾. Anzutreffen sind aber ebenso Bedeutungsgehalte, die nur teilweise damit deckungsgleich oder auch andersartig sind. So kann Autonomie verstanden werden als organisatorische Autonomie der Richterschaft, also als richterliche Selbstverwaltung⁽¹³⁸⁾. Denkbar ist aber auch eine Bezugnahme auf autonome Rationalitäten richterlicher Entscheidungsfindung: einer wissenschaftlich angeleiteten Justiz gegenüber der Gesetzgebung⁽¹³⁹⁾ oder einer praktisch orientierten Justiz gegenüber Wissenschaft und Gesetzgebung⁽¹⁴⁰⁾. Oder es kann die Autonomie richterlicher Rationalität gegenüber der Politik⁽¹⁴¹⁾ oder der Gesellschaft⁽¹⁴²⁾ gemeint sein. In jedem Fall aber hat man es hier mit einer Autonomie zu tun, welche auf die staatliche Justiz bezogen ist. Die justizielle Autonomie nichtstaatlicher Verbände spielt dabei kaum eine Rolle⁽¹⁴³⁾.

⁽¹³⁷⁾ RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., p. 40 e ss.

⁽¹³⁸⁾ U. MÜBIG, „Dann hat sie [die Staatsgewalt] das Gericht so wie sie es will“ - Justizielle Selbstregulierung im 19. und 20. Jahrhundert, in *Justizielle Selbstregulierung im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M. (i. V.).

⁽¹³⁹⁾ R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986, p. 222 e ss.

⁽¹⁴⁰⁾ U. MÜBIG, *Handelsrecht durch Höchstgerichtsbarkeit: Die Entstehung des Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgerichts*, in *Eine Grenze in Bewegung. Öffentliche und private Justiz im Handels- und Seerecht*, hrsg. von A. Cordes/S. Dauchy, München, Oldenbourg, 2013, pp. 265-292, 289.

⁽¹⁴¹⁾ M. LUMINATI/N. LINDER, *Der Code civil als Provokation. Der richterliche Umgang mit dem Code civil im Berner Jura (1815-1912)*, in *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, hrsg. von B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt/A. Somma, Frankfurt a. M., Klostermann, 2006, pp. 273-290, 279.

⁽¹⁴²⁾ RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., p. 43.

⁽¹⁴³⁾ Nur ansatzweise aufscheinend bei RÜCKERT, *Autonomie des Rechts*, cit., p. 43.

Justizielle Autonomie als nichtstaatliche, aber gleichwohl staatlich armierte Autonomie, findet sich in vielerlei organisatorischen Formen, die zugleich auch ein unterschiedliches Maß an nichtstaatlicher Entscheidungsgewalt vermitteln. Die Grenzen zwischen « staatlicher Justiz » und « nichtstaatlicher Justiz » sind dabei oft nicht leicht zu bestimmen bzw. müssen perspektivenabhängig fixiert werden. Gerade die Etablierung zahlreicher Formen « halbamtlicher » Konfliktlösung ab Ende des 19. Jahrhunderts machte es auch den Zeitgenossen schwer, eindeutige Zuordnungen vorzunehmen. Die folgenden Ausführungen gehen aus von einer Unterscheidung zwischen justizieller Autonomie in staatlichen Einrichtungen, in Korporationen, in Privatverbänden und Vertragsverbänden und in Schiedsgerichten.

a) *Autonomie in staatlichen Einrichtungen*

In staatlichen Einrichtungen beheimatete justizielle Autonomie kann sowohl in staatlichen Gerichten als auch in staatlichen Verwaltungsbehörden verortet werden. Für beides gilt, dass die Entscheidungsfindung zwar in ein staatliches Organisationsgehäuse verlagert, die Entscheidungsbefugnis oder Mitentscheidungsbefugnis jedoch in die Hände nichtstaatlicher Akteure gelegt war, denen damit gleichzeitig Raum für die Geltendmachung nichtstaatlicher Kollektivinteressen gegeben wurde.

Bezieht man diese Überlegungen zunächst auf die staatliche Gerichtsbarkeit, liegt es nahe, Autonomie vor allem in der Schwurgerichtsbarkeit, in der Handelsgerichtsbarkeit und in der Arbeitsgerichtsbarkeit zu verorten. Allerdings sind dabei Einschränkungen bzw. Differenzierungen unumgänglich.

Die — sowieso fast ausschließlich im Strafrecht eingesetzte — Schwurgerichtsbarkeit lässt sich kaum als Realisierungsraum abgrenzbarer Kollektivinteressen einstufen. Zwar ließ sich die Idee der Jury vor allem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit einem genossenschaftlichen Konzept von Volksgerichtsbarkeit verbinden⁽¹⁴⁴⁾; dass in den Geschworenengerichten dann aber wirklich

⁽¹⁴⁴⁾ G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843, p. 267 (dort allerdings dann Schöffengerichte vorziehend); Anklänge auch bei C.J.A. MITTERMAIER, *Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts*, Landshut,

« Gleiche über Gleiche » entschieden, hätte jedoch eine kaum praktikierbare — und auch von den Schwurgerichtsbefürwortern nicht gewollte — ständische Ausdifferenzierung des Schwurgerichtssystems erfordert⁽¹⁴⁵⁾. Auf die Jury bezogene Selbstverwaltungskonzepte schimmerten dann zwar noch in Gestalt eines gemeindlich konzipierten Geschworenengerichts durch⁽¹⁴⁶⁾; im hier interessierenden Zeitraum hatte die Schwurgerichtsidee aber schon längst an Anziehungskraft verloren⁽¹⁴⁷⁾ und nach und nach setzte sich die Schöffengerichtbarkeit durch⁽¹⁴⁸⁾.

Am ehesten noch war die Handelsgerichtsbarkeit als Gestaltungsraum für eine gesellschaftliche Sondergruppe konzipiert: für den Kaufmannsstand, « dessen » Recht (zumindest auch) in den betreffenden Foren zur Anwendung kommen sollte⁽¹⁴⁹⁾, dies z. T. dezidiert verbunden mit dem Anspruch auf kaufmännische « Selbstverwaltung »⁽¹⁵⁰⁾. Allerdings ließ der Terminus « Handelsgerichtsbarkeit » noch keine Rückschlüsse auf die konkrete organisatorische

Thomann, 1812, p. 75; G.C.N. RINTEL, *Von der Jury*, Münster, Aschendorff, 1844, p. 349.

⁽¹⁴⁵⁾ P.J.A. FEUERBACH, *Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht*, Landshut, Krüll, 1813, p. 82 e ss.; R. v. GNEIST, *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*, Berlin, Dehmigke, 1849 (Ri. Aalen, Scientia Verlag, 1967), p. 4 e s.

⁽¹⁴⁶⁾ Ivi, p. 153 e ss.; id., *Die preußische Kreis-Ordnung in ihrer Bedeutung für den inneren Ausbau des deutschen Verfassungs-Staates*, Berlin, Springer, 1870, p. 122; siehe zu dieser Ausrichtung Gneists auch E.J. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895. Ein politischer Jurist der Bismarckzeit*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1995, p. 58 e s.

⁽¹⁴⁷⁾ Siehe nur P. LANDAU, *Schwur- und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870*, in *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, ed. A. Padoa Schioppa, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, pp. 241-304, 302.

⁽¹⁴⁸⁾ Eingehend zum Prozess der Zurückdrängung der Schwurgerichtbarkeit T. VORMBAUM, *Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

⁽¹⁴⁹⁾ Siehe nur C.J.A. MITTERMAIER, *Ueber den neuesten Stand der Leistungen in Bezug auf Civilprozeßgesetzgebung, Gerichtsverfassung und würdige Stellung des Advokatenstandes insbesondere über die neuesten Erzeugnisse der Gesetzgebung in Bezug auf Anordnung von Handelsgerichten*, in « Archiv für die civilistische Praxis », XXVIII (1846), pp. 274-293, 275 e s.; *Vortrag Reyscher über die Schiedsgerichte*, in *Verhandlungen der Germanisten in Frankfurt am Main am 24., 25. und 26. September 1846*, Frankfurt a. M., Sauerländer in Komm., 1847, pp. 160-166, 161 e s.

⁽¹⁵⁰⁾ W. KOMPE, *Zur Kritik des preußischen Gesetzentwurfes über die Handelsgesichte*, Erlangen, Enke, 1865, p. 18.

Ausgestaltung zu, auch unter den Zeitgenossen herrschte nicht immer Klarheit ⁽¹⁵¹⁾. Handelsgerichtsbarkeit konnte staatliche Gerichtsbarkeit sein, in Korporationen integriert sein ⁽¹⁵²⁾ oder auch in Form privater Schiedsgerichtsbarkeit, als « Handelsschiedsgerichtsbarkeit », praktiziert werden ⁽¹⁵³⁾.

Als separate staatliche Gerichte wurden Handelsgerichte in verschiedenen deutschen Staaten eingerichtet ⁽¹⁵⁴⁾, letztlich konnte sich dieses Modell aber nicht durchsetzen. Zwar sah der Entwurf zum Gerichtsverfassungsgesetz solche noch vor ⁽¹⁵⁵⁾, in der letztendlich verabschiedeten Fassung finden sie sich aber nicht mehr; kaufmännische Rechtsstreitigkeiten waren stattdessen in den Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten zu verhandeln, welche mit einem Berufsrichter und zwei kaufmännischen Beisitzern besetzt waren ⁽¹⁵⁶⁾. Bei dieser gesetzgeberischen Entscheidung spielten auch Vorbehalte gegen eine « Standesgerichtsbarkeit », also gegen eine allzu starke kaufmännische Autonomie eine Rolle ⁽¹⁵⁷⁾; die Kammern für Handelssachen stellten unter diesem Gesichtspunkt eine organisatorisch abgeschwächte Form von Autonomie dar.

Noch vielfältigere organisatorische Ausformungen verbergen sich hinter dem Terminus « Arbeitsgerichtsbarkeit ». Es konnte sich um staatliche Gerichtsbarkeit handeln (wozu hier auch die kommu-

⁽¹⁵¹⁾ J. CREIZENACH, *Das Wesen und Wirken der Handelsgerichte und ihre Kompetenz*, Erlangen, Enke, 1861, p. 99.

⁽¹⁵²⁾ Hierzu siehe unten Abschn. III.2.b).

⁽¹⁵³⁾ Siehe hierzu unten Abschn. III.2.d).

⁽¹⁵⁴⁾ So in vor allem in der Zeit um die Jahrhundertmitte in Bayern, Braunschweig, Sachsen, Baden, Württemberg und Bremen; vgl. dazu W. SIBERSCHMIDT, *Die Deutsche Sondergerichtsbarkeit in Handelssachen*, Stuttgart, Enke, 1904, p. 71, 125, 133 e ss., 157, 167 e s., 172 e s.

⁽¹⁵⁵⁾ § 1 Entwurf des Gerichtsverfassungs-Gesetzes, in *Die gesammten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz und dem Einführungsgesetz zu demselben*, hrsg. von C. Hahn, vol. I, Berlin, v. Decker, 1879, pp. 3-21.

⁽¹⁵⁶⁾ §§ 1, 100 e ss., 109 Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 (RGBl. p. 41).

⁽¹⁵⁷⁾ W. SCHUBERT, *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869-1877)*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1981, p. 194 e s.; zum « Standesgerichtsbarkeit »-Argument auch D. DANNREUTHER, *Der Zivilprozeß als Gegenstand der Rechtspolitik im Deutschen Reich 1871-1945*, Frankfurt a. M., Lang, 1987, p. 91.

nal organisierte Arbeitsgerichtsbarkeit gezählt werden soll), sie konnte der Entscheidungskompetenz staatlicher Verwaltungsbehörden zugewiesen sein oder in alte oder wieder aktivierte und neugestaltete korporative Strukturen eingebettet sein ⁽¹⁵⁸⁾. Als staatliche Gerichte wurden in den 1830er Jahren in einigen preußischen Gebieten die schon zu Beginn des Jahrhunderts nach französischen Mustern eingeführten *Conseils de Prud'hommes* neu etabliert. Sie genossen wegen ihrer schnellen und pragmatischen Arbeitsweise einen guten Ruf. Allerdings verkörperte sich in ihnen nicht die Autonomie der beteiligten sozialen Gruppen, also der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, da sie fast ausschließlich mit Vertretern der Arbeitgeberseite besetzt waren. So blieben sie eine Art « ausgelagerter Hausgerichtsbarkeit », wenn auch mit einer nicht zu unterschätzenden sozialen Befriedungsfunktion ⁽¹⁵⁹⁾. Erst mit den 1891 eingeführten *Gewerbegerichten* ⁽¹⁶⁰⁾, die bei den Gemeinden einzurichten und mit einem von der Kommune zu bestellenden Vorsitzenden sowie mit zu gleichen Teilen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft entstammenden Beisitzern zu besetzen waren ⁽¹⁶¹⁾, etablierte sich ein Modell paritätischer Autonomie, welches für später ins Leben gerufene vergleichbare Einrichtungen Vorbild sein sollte. Bemerkenswerterweise war die allgemeine Anerkennung, die diese Institution genoss, nicht zwingend darauf angewiesen, dass tatsächlich Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter an der Entscheidungsfindung beteiligt waren; oft entschied auch der Vorsit-

⁽¹⁵⁸⁾ Übersicht bei U. ZIMMERMANN, *Die Entwicklung der Gewerbegerichtsbarkeit in Deutschland*, Hamburg, Kovač, 2005; S. SAWALL, *Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit*, Aachen, Shaker, 2007.

⁽¹⁵⁹⁾ K. GLOBIG, *Gerichtsbarkeit als Mittel sozialer Befriedung, dargestellt am Beispiel der Entstehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Frankfurt a. M., Lang, 1985, p. 130 e ss.; J. BRAND, *Untersuchungen zur Entstehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland*, vol. II, Frankfurt a. M., Klostermann, 2002, p. 384 e ss., 472 e s. (Zitat p. 388).

⁽¹⁶⁰⁾ Sieht man von den 1861 eingerichteten sächsischen *Gewerbegerichten* ab, von denen aber nur eines praktisch tätig wurde, ZIMMERMANN, *Die Entwicklung der Gewerbegerichtsbarkeit*, cit., p. 61 e s.

⁽¹⁶¹⁾ §§ 1, 9 e ss. Gesetz, betreffend die *Gewerbegerichte*, vom 29. Juli 1890 (RGBl. p. 141).

zende ohne seine Beisitzer. Gerade in der Arbeiterschaft lässt sich die Akzeptanz der Gewerbegerichte darauf zurückführen, dass überhaupt Gerichte tätig waren, die Arbeitervertretern einen gleichberechtigten Platz einräumten ⁽¹⁶²⁾.

Während um die Jahrhundertwende die Reste der Handelsggerichtsbarkeit (in Form der Kammern für Handelssachen) und die Arbeitsgerichtsbarkeit in Form der Gewerbegerichte Teil des staatlichen Gerichtssystems waren ⁽¹⁶³⁾, zählten andere justizmäßig arbeitende staatliche Einrichtungen, welche über die Beteiligung nichtstaatlicher Repräsentanten Autonomie vermittelten, nicht hierzu — jedenfalls wenn man die zeitgenössischen gerichtsverfassungsrechtlichen Kriterien anlegt ⁽¹⁶⁴⁾.

Die Einrichtung derartiger gerichtsähnlicher, bei staatlichen (oder kommunalen) Behörden angesiedelter Institutionen war ein Charakteristikum des frühen Interventions- und Sozialstaats. Zunächst findet man sie in der Sozialversicherung: beim Reichsversicherungsamt als letztinstanzlicher Entscheidungsbehörde für sozialversicherungsrechtliche Konflikte ⁽¹⁶⁵⁾, sowie als erster Instanz in denjenigen Zweigen der Sozialversicherung, die nicht genossenschaftlich-korporativ organisiert waren ⁽¹⁶⁶⁾: die Schiedsgerichte für

⁽¹⁶²⁾ Für diesbezügliche Hinweise danke ich Wilfried Rudloff (Editionsprojekt « Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867-1914 » der Historischen Kommission der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Mainz) und Dennis Vogt (LOEWE-Schwerpunkt « Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung », Frankfurt a. M.).

⁽¹⁶³⁾ Die Gewerbegerichte gemäß § 14 Nr. 4 GVG.

⁽¹⁶⁴⁾ D. h. sie fanden keine Erwähnung in den §§ 12 und 14 GVG, welche die Einrichtungen der allgemeinen und besonderen staatlichen Gerichtsbarkeit aufführten. Die allgemeine, in den deutschen Territorien uneinheitlich geregelte Verwaltungsgerichtsbarkeit bleibt hier ausgeklammert.

⁽¹⁶⁵⁾ Dazu jetzt umfassend W. AYASS, *Die Rechtsprechung in der Sozialversicherung bis zur Reichsversicherungsordnung. Beteiligte, Institutionen, Verfahren*, in *Justizielle Selbstregulierung im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M. (i. V.).

⁽¹⁶⁶⁾ 1900 allerdings wurde die Schiedsgerichtsbarkeit für die anstaltlich organisierte Altersversicherung mit der für die genossenschaftlich organisierte Unfallversicherung zusammengefasst: Verordnung, betreffend das Verfahren vor den Schiedsgerichten für Arbeiterversicherung, vom 22. November 1900 (RGBl. p. 781).

die Invaliditäts- und Altersversicherung (167), sowie nach Einführung der Angestelltenversicherung 1910 die Oberschiedsgerichte für die Angestelltenversicherung (168), allesamt paritätisch besetzt mit Vertretern der Arbeitgeber auf der einen und der Arbeitnehmer bzw. Versicherungsnehmer auf der anderen Seite. Ab 1914 kamen im Zuge der Einführung der Kriegswirtschaft bei staatlichen Behörden angesiedelte Wirtschafts«gerichte» hinzu, so das — als Vorläufer des späteren Reichswirtschaftsgerichts — behördlich organisierte und mit Vertretern des Handelsstandes besetzte Reichsschiedsgericht für den Kriegsbedarf (169). Schon während des Krieges und dann in den Nöten der Nachkriegszeit wurden amtliche Konfliktlösungseinrichtungen ins Leben gerufen, die herkömmlicherweise privatrechtlich zu regulierende Streitigkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen und diese bei den Kommunalbehörden angesiedelten und mit Vertretern der Betroffenengruppen besetzten Einrichtungen überwiesen: den Mieteinigungsämtern (170) und den Schiedsstellen für Sammelheizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen (171).

(167) K. SCHNEIDER, *Die Schiedsgerichts-Ordnung zum Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetze*, Hannover, Carl Meyer, 1891.

(168) W. KOHL, *Das Reichsverwaltungsgericht*, Tübingen, Mohr, 1991, p. 62.

(169) K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, Tübingen, Mohr, 1988, p. 223; im Einzelnen dazu J. JAHN, *Das Reichswirtschaftsgericht*, Berlin, Frisch, 1940, p. 15 e s.

(170) Dazu umfassend jetzt K.-C. FÜHRER, *Parität und „billiges Ermessen“*. *Die regulierte Selbstregulierung als Mittel der Wohnungs- und Mietenpolitik im späten Kaiserreich und der jungen Weimarer Republik*, in *Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis cit., pp. 199-216.

(171) Verordnung über Sammelheizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen in Mieträumen vom 2. November 1917 (RGBl. p. 989); Verordnung über Sammelheizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen vom 22. Juni 1919 (RGBl. p. 595). In beiden Verordnungen war eine paritätische Besetzung nicht ausdrücklich vorgesehen, die nähere organisatorische Ausgestaltung lag vielmehr bei den Landeszentralbehörden. Nach R. KAUFMANN, *Der Einfluß von Brennstoffknappheit und Brennstoffteuerung auf das Mietverhältnis*, Berlin, Springer, 1919, p. 24, ergingen dahingehende Regelungen wohl nicht. Meist wurde die Schiedsgerichtsbarkeit von den Mieteinigungsämtern wahrgenommen, womit wiederum Parität eingeführt wurde.

b) *Korporative Autonomie*

Korporative Autonomie realisierte sich auch in der Form justizieller Autonomie. Das bedeutet, dass korporativ verfasste Akteure ihre Interessen in justizmäßiger Form zur Geltung bringen konnten. Um die Reichweite derart verstandener korporativer justizieller Autonomie zu erfassen, müssen zunächst jedoch zwei funktionale Ausrichtungen unterschieden werden: die justiziell armierte Interessengeltendmachung auch gegenüber Nichtmitgliedern und die Ordnung korporationsinterner Angelegenheiten.

Derartige außenwirksame Autonomie findet sich am ehesten bei kaufmännischen Korporationen und Handelskammern, dies allerdings nur in sehr eingeschränktem Maße. Zwar wurden in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts etlichen preußischen Korporationen richterliche Kompetenzen überwiesen, die sich nach Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch auf Nichtmitglieder erstreckten, jedoch handelte es sich der Sache nach um eine besondere Form der Schiedsgerichtsbarkeit⁽¹⁷²⁾ (zu dieser an späterer Stelle). Auch in anderen deutschen Staaten als Konfliktlösungsinstitutionen für Handelsstreitigkeiten auftretende Kammern sind eher als Schiedsgerichte einzustufen⁽¹⁷³⁾. Im Allgemeinen kann man sagen, dass sich eine korporative Gerichtsgewalt, die über den korporationsinternen Bereich hinausgriff, kaum herausbildete.

Bei der Regelung interner Belange muss unterschieden werden zwischen Konflikten über Mitgliedschaftsrechte, disziplinarrechtlichen Angelegenheiten und Streitigkeiten über Befugnisse und Leistungsrechte, die aus der Überweisung öffentlicher Aufgaben resultierten. Erste waren nicht eo ipso, aber doch üblicherweise Körperschaftsorganen zugewiesen, unabhängig davon, ob in den betreffenden Angelegenheiten der Vorstand oder ein besonderes Schiedsgericht zuständig war. Hierbei handelte es sich um eine der inneren Verbandsautonomie zuzuordnende Kompetenz.

⁽¹⁷²⁾ J. GAL, *Die Renaissance der (Handels-)Schiedsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert als Ausdruck regulierter Selbstregulierung*, in *Justizielle Selbstregulierung im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, cit.

⁽¹⁷³⁾ So W. KOMPE, *Zur Kritik des preußischen Gesetzentwurfes über die Handelsgerichte*, cit., p. 3 e ss.

Die Ausübung disziplinarrechtlicher Befugnisse war in jenen Bereichen von Belang, in denen besondere, ethisch aufgeladene Verhaltensregeln galten, also insbesondere solche für den Ärzte- und Anwaltsstand. Die Einräumung justizieller Autonomie in Disziplinarsachen verstand sich dabei nicht von selbst. Zum einen hatte der Staat für jene Berufszweige, deren Träger mit einem besonderen Vertrauensvorschuss in ihre fachliche und moralische Qualifikation arbeiteten, noch eine Garantiefunktion. Zum zweiten wirkte die Tradition halbamtlicher Einbindung weiter; auch wenn der Arzt- und Anwaltsberuf im letzten Jahrhundertdrittel endgültig als freier Beruf anerkannt war, so galt er doch weiterhin als ein in besonderer Weise « staatlich gebundener Beruf » (174). Disziplinargerichtsbarkeit war somit kein selbstverständlicher Bestandteil innerer Verbandsautonomie.

Im Falle der Anwaltschaft gab es auch anfänglich Bedenken (175), die jedoch später ausgeräumt wurden, sodass mit der reichseinheitlichen Verkammerung der Anwaltschaft auch die Übertragung der Disziplinargerichtsgewalt einherging (176). Bei den Ärzten vollzog sich dieser Prozess zögerlicher, da man diesbezüglichen Selbstorganisationsbestrebungen reserviert gegenüberstand (177). Erst 1899, als die Ärzteschaft schon längst in Kammern organisiert war (178), überwies man ihr die volle Disziplinalgewalt (179).

(174) H. TRIEPEL, *Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf*, in *Festschrift für Karl Binding*, vol. II, Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1911, pp. 3-85, 15 e ss.

(175) H. SIEGRIST, *Advokat, Bürger und Staat. Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und der Schweiz (18.-20. Jb.)*, vol. I, Frankfurt a. M., Klostermann, 1996, p. 379 e ss.

(176) §§ 62 e ss. Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (RGBl. p. 177). Auf frühere Formen der Disziplinargerichtsbarkeit, die in einzelnen deutschen Staaten den Kammern oder (in Preußen) besonderen Beiräten übertragen worden war, sei hier nur hingewiesen; siehe dazu A. WEISLER, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, Leipzig, Pfeffer, 1905, p. 542.

(177) C. HUERKAMP, *Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert. Vom gelehrten Stand zum professionellen Experten. Das Beispiel Preußen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1985, p. 262 e ss.

(178) Schaffung der Provinzärztekammern durch die Verordnung, betreffend die Einrichtung einer ärztlichen Standesvertretung, vom 25. Mai 1887 (PrGS p. 169). § 5 dieser Verordnung sah bei Verstoß gegen Standespflichten lediglich den Entzug des aktiven und passiven Kammerwahlrechts vor.

Korporative Rechtsprechung, die über die Regelung der Mitgliedschaftsverhältnisse und Disziplinarfragen hinausging, fand vor allem im Bereich der Sozialversicherung statt ⁽¹⁸⁰⁾. Aber war dies Ausdruck korporativer Autonomie? Hierbei ist zwischen den beiden korporativ organisierten Versicherungszweigen der Kranken- und Unfallversicherung ⁽¹⁸¹⁾ zu unterscheiden: ⁽¹⁸²⁾ Mitglieder der körperschaftlich verfassten Krankenkassen waren die versicherungspflichtigen Arbeitnehmer; die (beitragspflichtigen) Arbeitgeber gehörten nicht zum Mitgliederkreis, hatten aber Anspruch auf bis zu einem Drittel der Sitze in Vorstand und Generalversammlung ⁽¹⁸³⁾; man kann also zumindest von einer korporativen Verzahnung beider Gruppen sprechen. Dem korrespondierte allerdings keine korporative justizielle Autonomie. Konflikte über Beitragszahlungen und ärztliche Leistungen mussten vor der staatlichen Aufsichtsbehörde verhandelt werden, gegen deren Entscheidung der Rechtsweg vor

⁽¹⁷⁹⁾ Gesetz, betreffend die ärztlichen Ehrengerichte, das Umlagerecht und die Kassen der Ärztekammern, vom 25. November 1899 (PrGS p. 565).

⁽¹⁸⁰⁾ Als weiterer großer Bereich korporativer Gerichtsbarkeit wäre noch die Innungsschiedsgerichtsbarkeit anzuführen, deren Kompetenzen herauszuarbeiten aber umfassender Darlegungen bedurft hätte. (Sie standen in vielfältigen Konkurrenzverhältnissen zur Gewerbegerichtsbarkeit und zu anderen Streitentscheidungsinstanzen; im Einzelnen dazu J. HAAS, *Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Gewerbegerichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1891, p. 3 e s.) Hierauf wird aus Platzgründen verzichtet. Umfassend zur Innungsschiedsgerichtsbarkeit F. J. KLEINSORG, *Die Gerichtsbarkeit der Innungen*, Diss. jur. Würzburg, Crefeld, Greven, 1917.

⁽¹⁸¹⁾ Die Invaliditäts- und Altersversicherung war nicht körperschaftlich, sondern anstaltlich organisiert. Als Streitentscheidungsgremien fungierten bei den Versicherungsanstalten angebundene, paritätisch mit Arbeitgeber- und Versichertenvertretern besetzte Schiedsgerichte, § 70 s. Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung, vom 22. Juni 1889 (RGBl. p. 97).

⁽¹⁸²⁾ Für die folgende Schilderung wird die Rechtslage bei Erlass des Krankenversicherungsgesetzes 1883 bzw. des Unfallversicherungsgesetzes 1884 zugrunde gelegt. Zu späteren Änderungen der organisatorischen Ausgestaltung AYASS, *Die Rechtsprechung in der Sozialversicherung bis zur Reichsversicherungsordnung*, cit. Instruktive zeitgenössische Übersicht bei H. SEEMANN, *Das Streitverfahren in den Reichsversicherungsgesetzen*, Berlin, Verlag der Arbeiterversorgung, 1904².

⁽¹⁸³⁾ § 38 Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 (RGBl. p. 73).

die staatlichen Gerichte eröffnet war (184). Die Unfallversicherung wurde von — ebenfalls körperschaftlich verfassten — Berufsgenossenschaften getragen, deren Mitglieder die Unternehmer waren. Zwar waren auch Arbeitnehmervertreter in die Genossenschaft zu entsenden, dies allerdings nur in geringer Zahl und für sehr begrenzte Aufgabenfelder (185). Streitigkeiten über Versicherungsleistungen und Beiträge wurden hingegen vor einem bei der Genossenschaft angesiedelten, paritätisch besetzten Schiedsgericht ausgefochten (186), in diesem Gremium waren also beide Gruppen gleichberechtigt vertreten. — Diese Skizze verdeutlicht die Variationsbreite sozialversicherungsrechtlicher Konfliktlösung. Sie macht aber auch erkennbar, dass man nur eingeschränkt von körperschaftlicher justizieller Autonomie sprechen kann. Als Anwarter kommen hierfür nur die Einrichtungen der Unfallversicherung in Betracht. Es handelt sich aber weder um eine korporative justizielle Autonomie der Unternehmer (da sie nur die Hälfte der Beisitzer stellten) noch um eine korporativ verfasste Kooperation von Unternehmern und Arbeitnehmern, da letztere nur äußerst schwach in den Berufsgenossenschaften vertreten waren.

c) *Autonomie in privaten Verbänden und Vertragsverbänden*

Private Kollektivakteure konnten nicht aus eigener Kraft heraus justizielle Autonomie entwickeln. Auch war keiner der gesetzlich festgelegten Organisationsrechtsformen eine derartige Kompetenz beigelegt. Sicher konnten Vereine satzungsmäßig bestimmen, dass Streitigkeiten anstatt durch den Vorstand oder die Verbandsversammlung durch ein Schiedsgericht entschieden werden soll-

(184) § 58 Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 (RGBl. p. 73). Zwar regte man die Einrichtung von Schiedsgerichten auch für die Krankenversicherung an, *Schreiben des preußischen Handelsministers Theodor Möller an den Staatssekretär des Innern Arthur Graf v. Posadowsky-Wehner vom 13. September 1901*, in *Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, III. Abt.*, vol. V, Darmstadt, WBG, 2012, pp. 416-418, 418. Dazu kam es jedoch nicht.

(185) § 41 Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 (RGBl. p. 69).

(186) §§ 46 ss. Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 (RGBl. p. 69).

ten⁽¹⁸⁷⁾. Aber dies drang nicht über die privatrechtlich eingeräumte innere Verbandsautonomie hinaus. Von justizieller Autonomie konnte auch da nicht die Rede sein, wo in größeren Verbandszusammenführungen zentrale Stellen für die Beilegung von Konflikten zwischen Mitgliedern geschaffen worden waren, da die Geltung dahingehender Entscheidungen nur auf vertraglichen Bindungen beruhte und daher nur die Mitglieder selbst band⁽¹⁸⁸⁾. Ebenfalls des Autonomiegehalts entbehrten die zahlreichen großverbandlichen Schlichtungsstellen, selbst wenn sie auch Konflikte mit Nichtmitgliedern beilegten⁽¹⁸⁹⁾, denn dem Schlichterspruch fehlte die Verbindlichkeit, der Schlichter übte keine amtliche Gewalt aus. (Etwas anderes gilt lediglich für das spezielle Gebiet der arbeitsrechtlichen Schlichtung, welches behördlich organisiert und mit Zwangsbefugnissen verbunden war; es wurde deshalb auch als Sonderform hoheitlicher Verwaltung bzw. Rechtsprechung eingestuft⁽¹⁹⁰⁾.)

Autonomie in dem hier verstandenen Sinn kam privaten Ver-

(187) So sah § 20 Statuten der Gewerkvereinskasse — einem Verein für Invaliditätsversicherung — von 1869/1871, (*Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik, I. Abt.*, vol. VI, Darmstadt, WBG, 2002, Anh. B Nr. 4) die Streitentscheidung durch die regulären Vereinsorgane vor. In einer späteren Satzung des gleichen (wenn auch umbenannten) Vereins war für diese Streitigkeiten ein Schiedsgericht vorgesehen, § 51 Statut der Deutschen Verbandskasse für die Invaliden der Arbeit von 1884 (ivi, *II. Abt.*, vol. VI, Darmstadt, WBG, 2004, Anh. B Nr. 1).

(188) So z. B. bei der Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit durch die Schlichtungsstellen für Wettbewerbsstreitigkeiten, *Pkt. II. 3. des Wettbewerbsabkommens zwischen den Verbänden der Sparkassen, der Banken und der Kreditgenossenschaften, in Jahrbuch des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes 1931/32*, pp. 175-177.

(189) So wie die in der Weimarer Zeit überaus aktive Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie; zu deren Schlichtungstätigkeit J. HERLE, *Die Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, ihre Aufgaben, ihre Organisation und ihre bisherige Tätigkeit*, in « Kartell-Rundschau », XX (1922), pp. 443-447; siehe auch K.J. BREMER, *Die Kartellverordnung von 1923: Entstehung, Inhalt und praktische Anwendung*, in *Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, hrsg. von H. Pohl, Stuttgart, Steiner, 1985, pp. 111-126, 114.

(190) Ob es sich um Rechtsprechung oder Verwaltungstätigkeit handelte, war im Einzelnen umstritten, unumstritten blieb allerdings der hoheitliche Charakter; siehe z. B. K. DREßLER, *Die Rechtsnatur der Schlichtung*, Diss. jur. Tübingen, 1931, insb. p. 21 e ss.; W. HERSHEL, *Grundfragen der Schlichtung im Lichte der Rechtswissenschaft*, Diss. jur. Köln, Berlin, Hobbing, 1931, p. 22 e ss., jeweils m. w. N.

bänden und Vertragsverbänden ⁽¹⁹¹⁾ letztlich nur dann zu, wenn sie vom Gesetzgeber ermächtigt worden waren, sich eigene Justizeinrichtungen zu schaffen, die an Stelle der staatlichen Rechtsprechung tätig wurden. Einer dieser — seltenen — Fälle war die gemeinsame Gerichtsbarkeit der Ärzte und Krankenkassen ⁽¹⁹²⁾. Nach immer wieder aufflammenden Konflikten über die Anstellungsverhältnisse der Ärzte und die Höhe der Honorare wurde zwischen (privatrechtlich organisierten) Dachverbänden beider Gruppen das Berliner Abkommen von 1913 geschlossen, welches im Wesentlichen eine Organisationsstruktur für die einvernehmliche Beilegung von Streitigkeiten etablierte ⁽¹⁹³⁾. Dazu gehörten auch Schiedsgerichte, denen allerdings keine amtliche Gewalt beigelegt war. Erst nachdem eine Erneuerung des Abkommens gescheitert und das Reich die Organisationsstruktur der gemeinsamen Selbstverwaltung auf gesetzlichem Wege regelte ⁽¹⁹⁴⁾, änderte sich auch der Charakter der bisherigen privatverbandlichen Gerichtsbarkeit. Über Konflikte zwischen Ärzten und Krankenkassen hatten in erster Linie ⁽¹⁹⁵⁾ mit

⁽¹⁹¹⁾ Hier wird die justizielle Autonomie von Vertragsverbänden behandelt. Nahe gelegen hätte es, sich auch mit der administrativen Autonomie in solchen Verbänden zu befassen. Diese gab es durchaus, vor allem z. B. in der gemeinsamen Selbstverwaltung von Ärzten und Krankenkassen. Da die Zielsetzung solcher Verbände allerdings meist die Austarierung divergierender Kollektivinteressen war, bilden konflikt-schlichtende Modi von Autonomie den Schwerpunkt.

⁽¹⁹²⁾ Die Krankenkassen selbst waren Körperschaften des öffentlichen Rechts. Insofern mag die hier vorgenommene Einordnung in privatverbandliche Strukturen verwundern. Allerdings brachten sich die Kassen in die gemeinsame Selbstverwaltung mit den Ärzten nur über ihre Dachverbände ein, die wiederum privatrechtlich organisiert waren. Erst 1933 wurde diese Struktur öffentlich-rechtlich organisiert.

⁽¹⁹³⁾ Abkommen zwischen den Organisationen der Ärzte und der Krankenkassen, betreffend das Verhältnis zwischen Ärzten und Krankenkassen, vom 23. Dezember 1913, Beilage Nr. 5 des Ministerialblatts der Handels- und Gewerbeverwaltung 1914, p. 85 e ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Verordnung über Ärzte und Krankenkassen vom 30. Oktober 1923 (RGBl. I p. 1051). Der Inhalt dieser Verordnung wurde dann Bestandteil der revidierten Reichsversicherungsordnung (in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1924 [RGBl. I p. 779]) (RVO 1924).

⁽¹⁹⁵⁾ Zu weiteren justizähnlichen Einrichtungen der gemeinsamen Selbstverwaltung von Ärzten und Krankenkassen P. COLLIN, *Das Berliner Abkommen von 1913 im Spannungsfeld rechtshistorischer Entwicklungstendenzen*, in « Vierteljahresschrift für Sozialrecht », 2014 (i. E.).

Vertretern aus beiden Gruppen paritätisch besetzte Schiedsämter zu entscheiden ⁽¹⁹⁶⁾. Gesetzlich wuchs dieser bisher rein privat verfassten Schiedsgerichtsbarkeit also amtliche Justizgewalt zu.

d) *Die Entfaltung justizieller Autonomie in Schiedsgerichten*

Das Schiedsgericht ist eine justizähnlich arbeitende Einrichtung, nicht jedoch ein (potentieller) Träger justizieller Autonomie, wie die in den vorhergehenden Abschnitten behandelten Kollektivsubjekte der Korporationen und Vereine. Insofern lassen sich die Schiedsgerichte nur schwer in die bisherige Darstellungsstruktur einordnen. Dass ihnen dennoch ein eigener Abschnitt gewidmet ist, hat mit ihrer Rolle als zentrales Vermittlungsinstrument justizieller Autonomie bzw. als Anknüpfungspunkt für Autonomiedebatten seit dem Ende des 19. Jahrhunderts zu tun.

In seiner klassisch liberalen Ausformung, wie sie auch im 10. Buch der Reichszivilprozessordnung von 1877 Gestalt angenommen hatte ⁽¹⁹⁷⁾, konstituierte sich das Schiedsgericht auf der Basis einer Vereinbarung der Vertragsparteien ⁽¹⁹⁸⁾. Es handelte sich nicht um amtliche Gerichtsbarkeit, sondern lediglich um einen im Ermessen der Parteien stehenden Streitlösungsmodus ⁽¹⁹⁹⁾. In dieser Perspektive war das Schiedsgericht kein Organ, in dem sich kollektive justizielle Autonomie entfalten konnte. Zunehmend jedoch — und auch wegen der weiten Gestaltungsmöglichkeiten, die die Regeln der Zivilprozessordnung boten — erwuchs der Schiedsgerichtsbarkeit ein überschießender Bedeutungsgehalt, an dem justizpolitische Reformkonzepte wie auch staatlich-gesetzgeberische und nichtstaatlich organisierte Neuordnungen anknüpfen konnten. So musste dann auch ein Zeitgenosse konstatieren, dass sich der Begriff des Schiedsgerichts aufgelöst hätte: Eine Vielzahl justizmäßiger Institutionen würden nun dazu zählen, auch solche, die sich nicht auf die freien Vereinbarungen der Parteien gründeten, sondern auf den

⁽¹⁹⁶⁾ §§ 368k, 368 m RVO 1924.

⁽¹⁹⁷⁾ §§ 851-872 CPO 1877.

⁽¹⁹⁸⁾ § 851 CPO 1877.

⁽¹⁹⁹⁾ D. UNGER, *Adolf Wach (1843-1926) und das liberale Zivilprozeßrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 194.

gesetzlich angeordneten Zwang, seine Angelegenheiten durch eine bestimmte Einrichtung entscheiden zu lassen ⁽²⁰⁰⁾.

Diese Beobachtung verweist auf die zahlreichen halbamtlichen gerichtsähnlichen Einrichtungen, die in den vorgehenden Ausführungen schon angesprochen worden sind ⁽²⁰¹⁾. Aber auch die in der Zivilprozessordnung geregelte Struktur «klassischer» privater Schiedsgerichtsbarkeit erlebte einen partiellen Bedeutungswandel, der sie als Instrument justizieller Autonomie erscheinen ließ. Dies betraf in erster Linie die Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Den Hintergrund bildeten der Trend zur dichterem und professionelleren Selbstorganisation wirtschaftlicher Akteure und die seit den 1880er Jahren lauter werdende Justizkritik. Beide Prozesse wirkten zusammen. In organisatorischer Hinsicht sind die verstärkte fachverbandliche und damit spezialisierte Koordination der Wirtschaft und deren partielle Verzahnung mit den Handelskammern zu nennen. Dem Bedürfnis nach einer den speziellen sektoralen Belangen und Rationalitäten angepassten Konfliktlösung konnten die bei den ordentlichen Gerichten angesiedelten Kammern für Handelssachen nicht mehr nachkommen, so jedenfalls die Auffassungen der Kritiker ⁽²⁰²⁾. Allgemein bot aber auch die z. T. vehement vorgetragene Justizkritik Ende des 19. Jahrhunderts Projektionsflächen und Rechtfertigungstopoi für Forderungen nach einem weiteren Ausbau der wirtschaftlichen Schiedsgerichtsbarkeit. Denn die dort vorgetragenen Kritikpunkte ⁽²⁰³⁾ — schwerfälliges und langwieriges Verfahren, mangelnde Berücksichtigung praktischer Belange, engherzig-

⁽²⁰⁰⁾ RING, *Schiedsgerichte*, in «Recht und Wirtschaft», (1919), pp. 107-109, 108. Der Autor war Senatspräsident am Kammergericht Berlin.

⁽²⁰¹⁾ Allerdings variierten auch dort die Begrifflichkeiten. Ausdrücklich als Schiedsgerichte wurden insbesondere die im Krieg in großer Zahl errichteten Institutionen der Wirtschaftsregulierung bezeichnet; statt einer Aufzählung sei nur auf die umfangreiche Auflistung im Register des Reichsgesetzblatts von 1917 verwiesen, RGBl. 1917, Sachverzeichnis p. 151 e s. Hinweisend auf dieses Phänomen auch A. NUßBAUM, *Die gesetzliche Neuordnung des Schiedsgerichtswesens*, Berlin, Springer, 1918, p. 7.

⁽²⁰²⁾ W. HAEGER, *Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt*, Berlin, Struppe & Winckler, 1910, p. 17.

⁽²⁰³⁾ Umfassend dazu U. WILHELM, *Das Deutsche Kaiserreich und seine Justiz. Justizkritik - politische Strafrechtsprechung - Justizpolitik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 219 e ss.

dogmatische Fallbearbeitung statt pragmatischer Lösungen — zielten zwar vor allem auf eine Reform der staatlichen Gerichtsbarkeit, legitimierten aber auch Wünsche nach (staatlicher) Sondergerichtsbarkeit oder eben stärker institutionalisierter Schiedsgerichtsbarkeit⁽²⁰⁴⁾.

Um die Jahrhundertwende hatte sich ein System der wirtschaftlichen Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt, welches sich insbesondere durch seine branchenspezifische Differenzierung und die organisatorische Anbindung an Handelskammern⁽²⁰⁵⁾ auszeichnete⁽²⁰⁶⁾. Die Handelskammern waren es meist auch, die die für diese Schiedsgerichte geltenden Verfahrensordnungen entwickelten⁽²⁰⁷⁾. Das bedeutete allerdings nicht, dass die Schiedsgerichte am öffentlich-rechtlichen Status der Handelskammern partizipierten und auf diese Weise justizielle Autonomie vermitteln konnten. Rechtlich handelte es sich nach wie vor um privatrechtliche, auf privatautonomer Vereinbarung ruhende Modi der Streitlösung. Zwar war die formularmäßige Schiedsgerichtsklausel — so die Beobachtung von Zeitgenossen — in vielen Branchen mittlerweile zum Standard geworden⁽²⁰⁸⁾, hierdurch entfaltete sich jedoch nur faktische Macht, zum Träger amtlich armerter Autonomie wurde die Schiedsgerichtsbarkeit dadurch nicht⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁴⁾ Zu dieser Argumentationsweise siehe z. B. O. v. GIERKE, *Rezension zu: J.C. Schwartz, Vierhundert Jahre Civilprozess-Gesetzgebung, Berlin 1898*, in «ZZP», XXVI (1898), pp. 445-460, 456; E. SCHIFFER, *Die Ausbildung der Richter*, in «Deutsche Juristen-Zeitung» (1899), pp. 146-149, 147.

⁽²⁰⁵⁾ Schon seit Einrichtung der Handelskammern war dieser Organisationsmodus weitverbreitet J. GAL, *Die Renaissance der (Handels-)Schiedsgerichtsbarkeit*, cit.

⁽²⁰⁶⁾ Als Beispiele für die von Handelskammern (hier in Berlin) errichteten Schiedsgerichten wurden genannt: Schiedsgerichte für den Holzhandel, für den Handel mit frischem Fleisch, für den Chemikalien-, Drogen-, Lack- und Farbenhandel, für den Viehhandel, für den Mehlhandel, für die Fabrikation und den Handel von Ziegeln und Steinen, für das Baugewerbe, für die Textil-, Konfektions- und Wäschebranche; siehe A. NUßBAUM, *Neuordnung des Schiedsgerichtswesens*, cit., p. 5 e s.

⁽²⁰⁷⁾ Verzeichnis von 242 Schiedsgerichtsordnungen bei E. REIMER/R. MUßFELD, *Die kaufmännischen Schiedsgerichte Deutschlands*, Berlin, Heymann, 1931, p. 217 e ss.

⁽²⁰⁸⁾ V. FUCHS, *Ausbau des Schiedsverfahrens*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», (1919), cc. 423-425, 423.

⁽²⁰⁹⁾ So auch der Gesamtbefund bei A. HAFFNER, *Das ständige kaufmännische Schiedsgericht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1911, insb. p. 62: Zwar unterschieden sich die

Schon vor dem Krieg, aber erst recht danach, als der Gedanke der « wirtschaftlichen Selbstverwaltung » wieder einen Aufschwung erlebte, nahmen Konzepte zur Publifizierung des Schiedsgerichtswesens, zu seinem Umbau in eine Institution, die staatliche Autorität und wirtschaftliche Interessenvertretung unter ein Dach brachte, handfeste Gestalt an. Arthur Nußbaum, der schon 1912 erste Ansätze entwickelt hatte ⁽²¹⁰⁾, publizierte im Auftrag der Berliner Handelskammer 1918 eine Denkschrift, die dem Justizministerium vorgelegt wurde und konkrete Vorschläge für die Einrichtung « amtlicher Schiedsgerichte » enthielt. Deren Träger sollten Körperschaften öffentlichen Rechts sein, die Geltung des Schiedsgerichtsreglements sollte von einer staatlichen Genehmigung abhängen, die Schiedsrichter sollten von der Körperschaft, nicht von den Parteien ernannt werden ⁽²¹¹⁾. Auszustatten war dieses Schiedsgericht mit gegenüber den bisherigen ZPO-Regelungen erweiterten Befugnissen, so mit dem Recht auf Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen und dem Recht auf Inanspruchnahme gerichtlicher Amtshilfe ⁽²¹²⁾.

Die Vorschläge Nußbaums wurden vielerorts beifällig aufgenommen sowie breit diskutiert ⁽²¹³⁾; im Justizministerium waren die Reaktionen wohl positiv ⁽²¹⁴⁾; andere Autoren unterbreiteten in eine

ständigen kaufmännischen Schiedsgerichte « so wesentlich vom Gelegenheitsschiedsgericht, dass man sie als ein Zwischenglied zwischen diesem und dem Staatsgericht bezeichnen kann ». Jedoch sei dies nicht mit rechtlichen Konsequenzen hinsichtlich der Befugnisse verbunden.

⁽²¹⁰⁾ A. NUBBAUM, *Neuere Entwicklung und Ausbau des Schiedsgerichtswesens*, in « Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß », XLII (1912), pp. 454-306.

⁽²¹¹⁾ NUBBAUM, *Neuordnung des Schiedsgerichtswesens*, cit., p. 11 e ss.

⁽²¹²⁾ Ivi, p. 47 e s.

⁽²¹³⁾ Siehe z. B. LEVIN, *Rez. zu: Arthur Nußbaum, Die gesetzliche Neuordnung des Schiedsgerichtswesens, Berlin 1918*, in « Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts », LXIII (1919), pp. 365-367; C. LEO, *Gutachten über die Frage: „Welche Hauptgrundsätze sind für die Neuregelung des Schiedsgerichtswesens zu empfehlen?“*, in *Verhandlungen des Vierunddreißigsten Deutschen Juristentages*, vol. I, Berlin/Leipzig, de Gruyter, 1926, pp. 179-257, 246 e s. (dort auch der Befund einer vielerorts positiven Aufnahme).

⁽²¹⁴⁾ E. VOLKMAR, *Zur Neugestaltung des schiedsrichterlichen Verfahrens*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 1918, cc. 438-440, 439 s. Etwas anders NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen*, cit., p. 232 (ausweichende Reaktion des Gesetzgebers).

ähnliche Richtung gehende Vorschläge ⁽²¹⁵⁾. Der tragende Gedanke war, « die Betätigung der Schiedsgerichte mehr den Aufgaben der staatlichen Rechtspflege anzunähern » ⁽²¹⁶⁾. Die Entwicklung sollte gehen « zum institutionellen, staatlicher Oberaufsicht unterworfenen, dafür aber auch mit wesentlich erweiterten Befugnissen ausgestatteten, an große Organisationen der Wirtschaft und des öffentlichen Rechts angeschlossene(n) Schiedsgericht » ⁽²¹⁷⁾. Es galt, die Reform der Schiedsgerichtsgerichtsbarkeit zusammenzuführen « mit der fortschreitenden korporativen Zusammenfassung der einzelnen beruflichen Interessengruppen » ⁽²¹⁸⁾.

Derart weitreichende Konzeptionen justizieller Autonomie konnten sich allerdings nicht durchsetzen. Auf dem 34. Juristentag 1926, der die Neuordnung des Schiedsgerichtswesens diskutierte, überwog doch die Kritik. Man fürchtete die Aushöhlung des Prinzips unparteiischer, gesetzesorientierter Rechtspflege, Deprofessionalisierung und die Ersetzung von Recht durch Interesse ⁽²¹⁹⁾; auch Nußbaum hatte in seinem eigenen Bericht das Konzept schon deutlich abgeschwächt, auf der Nützlichkeit von Verbandschiedsgerichten beharrte er zwar, lehnte eine zu starke staatliche Überformung aber ab ⁽²²⁰⁾. In die Beschlussfassung des Juristentages wurde die Idee der « amtlichen Schiedsgerichte » dann auch nicht mehr aufgenommen, stattdessen sprach man sich für eine stärkere rechtliche Bindung schiedsrichterlicher Entscheidungsfindung aus ⁽²²¹⁾.

⁽²¹⁵⁾ So v. STAFF, *Isolierte und institutionelle Schiedsgerichte*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 1925, cc. 775-779.

⁽²¹⁶⁾ NURBAUM, *Neuordnung des Schiedsgerichtswesens*, cit., p. 10.

⁽²¹⁷⁾ (red.), *Vermischtes: Bericht über Vortrag von Staff über den „Schiedsgerichtsgedanken im öffentlichen und im bürgerlichen Rechte“*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 1925, cc. 723-724, 724.

⁽²¹⁸⁾ NURBAUM, *Neuere Entwicklung und Ausbau des Schiedsgerichtswesens*, cit., p. 257.

⁽²¹⁹⁾ LEO, *Gutachten*, cit., p. 248; Einzelne Stellungnahmen in der Diskussion gingen in die gleiche Richtung; siehe *Verhandlungen des Vierunddreißigsten Deutschen Juristentages*, vol. II, Berlin/Leipzig, de Gruyter, 1927, p. 516 e ss., 566, 569, 600, 602.

⁽²²⁰⁾ Ivi, p. 518 e ss., 525.

⁽²²¹⁾ Ivi, p. 609 e s.

IV. *Verschränkungen administrativer und justizieller Autonomie*

Nicht jede der hier skizzierten Formen administrativer Autonomie konnte ein justizielles Gegenstück vorweisen. Umgekehrt war dies natürlich ebenso wenig Fall. Administrative und justizielle Autonomie fügten sich nicht zu standardmäßigen Konglomeraten nichtstaatlicher, mit amtlichen Mitteln ausgestatteter Interessenkoordinierung im Rahmen öffentlicher Aufgabenerfüllung. Dennoch lassen sich auf verschiedenen Ebenen Verflechtungen und wechselseitige Ergänzungen beobachten. Dies lässt sich zunächst mit Blick auf die konkreten Regelungs- und Organisationsstrukturen feststellen.

In organisationaler Hinsicht lässt sich konstatieren, dass Träger administrativer Autonomie auch als Beherbergungsräume für justizielle Autonomie fungierten. Hierbei spielten besondere lokale Bezüge eine Rolle — wie z. B. bei den Mieteinigungsämtern oder den Gewerbegerichten, die bei den Gemeinden angesiedelt waren ⁽²²²⁾ —, aber auch fachliche Gründe konnten von Belang sein — wie beispielsweise im Falle der bei den Handelskammern untergebrachten kaufmännischen Schiedsgerichte. Im Zusammenhang damit oder daneben lassen sich personelle Verflechtungen feststellen, so wenn die Vorsitzenden der Gewerbegerichte von den Kommunalorganen zu wählen waren ⁽²²³⁾ oder Handelskammern die Beisitzer in den Kammern für Handelssachen vorzuschlagen hatten ⁽²²⁴⁾. Im hier interessierenden Zusammenhang lässt sich der Charakter von Autonomie als staatlich-gesellschaftlicher Koordinierungsmechanismus aber besonders prägnant verdeutlichen, wenn man die funktionalen Aspekte in den Blick nimmt. Nicht in allen, aber doch in etlichen Fällen erweisen sich administrative und justizielle Autonomie als Realisierungselemente eines einheitlichen Aufgabenkomplexes. Derartige Verfügen verwaltungs- und justizmäßiger Autorität finden sich beispielsweise bei der gemeinsa-

⁽²²²⁾ § 1 Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte, vom 29. Juli 1890 (RGBl. p. 141); § 1 Bekanntmachung, betreffend Einigungsämter vom 15. Dezember 1914 (RGBl. p. 511).

⁽²²³⁾ § 11 Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte, vom 29. Juli 1890 (RGBl. p. 141).

⁽²²⁴⁾ § 112 GVG 1877.

men Selbstverwaltung von Ärzten und Krankenkassen, in Zwangskartellen und in den Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung. Hier fungierte die justizielle Konfliktlösung gewissermaßen als interne Verwaltungsgerichtsbarkeit oder überführte Streitigkeiten, die auf der administrativen Ebene entstanden, in eine Art güterichterliches Verfahren. Den nichtstaatlichen Kollektivakteuren war eine öffentliche Aufgabe zugewiesen, die sie sowohl mit administrativen als auch mit justiziellen Mitteln zu lösen hatten. Selbstnormierung, Selbstauführung und Selbstkontrolle verschmolzen auf diese Weise miteinander.

Anhaltspunkte für Verschränkungen administrativer und justizieller Autonomie lassen sich aber auch den allgemeinen justizpolitischen Debatten entnehmen. Richterliche und administrative Rationalität wurden an sich erst einmal in ihrer Kontrastierung wahrgenommen. Die Identifizierung des Richters mit Eigenschaften wie « formalistisch » und « legalistisch » und des Verwaltungsbeamten mit solchen wie « pragmatisch-flexibel » und « gemeinwohlorientiert » konnten auf eine schon längere Tradition zurückblicken ⁽²²⁵⁾. Ab Ende des 19. Jahrhunderts gewannen diese Zuschreibungen — vor allem die auf die Richterschaft bezogenen — neue Aktualität. Denn die dem Zivilprozess attestierte fehlende soziale (und auch ökonomische) Sensibilität hatte in den Augen vieler Zeitgenossen auch seine Ursache in fehlender sozialer Einfühlsamkeit und pragmatischer Problemorientierung der Richter, in ihrer ausschließlichen Orientierung am Recht und ihrer soziale und ökonomische Belange ignorierenden Weltfremdheit ⁽²²⁶⁾. Um diesen Missstand zu beheben, empfahl man nicht die Ersetzung legalistischer Richter-

⁽²²⁵⁾ Dazu R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986, p. 303 e s.

⁽²²⁶⁾ Vor allem zum Vorwurf der Weltfremdheit und zur Notwendig der Berücksichtigung außerjuristischer Belange A. BOZI, *Die Angriffe gegen den Richterstand*, Breslau, Koebner, 1896, p. 11 e s., 13; P. SCHELLHAS, *Richter und Richteramt nach dem 1. Januar 1900*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 1899, pp. 11-14; E. SCHIFFER, *Die Ausbildung der Richter*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 1899, pp. 146-149, 147; KADE, *Weltfremdheit der Richter*, in « Deutsche Richterzeitung », 1911, cc. 218-220; GRIMM, „Gegenwartsjuristen“ und Richtervereine, in « Deutsche Richterzeitung », 1911, cc. 181-188, 182; ANDRAE, *Von der Weltfremdheit der Richter*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 1911, cc. 1017-1022.

mentalitäten durch pragmatische Verwaltungsmentalitäten. Aber man anerkannte doch die wohltuende Wirkung in gewisser Weise verwaltungsmäßiger, weil gemeinwohlbezogener Rationalitäten. Reformern stand hierbei am ehesten die österreichische Justizreform als Vorbild vor Augen, zum einen in übergreifend programmatischer Hinsicht, weil sie den Zivilprozess als « Wohlfahrtseinrichtung » konzipierte ⁽²²⁷⁾, zum anderen, weil sie eher als administrativ zu charakterisierende Verfahrenselemente in den Prozessgang einbaute, jedenfalls Elemente, die dem liberalen Prozessmodell, wie es in der ZPO seinen Ausdruck gefunden hatte, nicht entsprachen: eine wesentliche Abschwächung der Parteien- und Verhandlungsmaxime durch Zustellungen und Beweisbeitreibungen von Amts wegen, ausführliche Belehrung der Parteien und Förderung einer gütlichen Lösung ⁽²²⁸⁾. Nicht durchgehend, aber zu einem Gutteil — und hier lässt sich der Bogen zu justizieller Autonomie schlagen — ließen sich solche Elemente in Gerichten oder justizähnlichen Einrichtungen außerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit, also in nicht- und halbstaatlichen Einrichtungen der Konfliktlösung verorten.

V. *Schluss*

Nicht alle Formen administrativer und justizieller Autonomie wurden im Rahmen dieses Beitrags berücksichtigt. Wie schon ausgeführt, blieb das wichtige Feld der Tarifautonomie ausgeblendet. Auch die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit hätte man einbeziehen können, insoweit man sie nämlich nicht nur in ihrer rechtsstaatlichen Funktion begreift, sondern auch als Organ zur Realisierung bürgerschaftlicher Teilhabe auf kommunaler Ebene auf-

⁽²²⁷⁾ Siehe hierzu nur UNGER, *Adolf Wach und das liberale Zivilprozessrecht*, cit., p. 269.

⁽²²⁸⁾ Siehe z. B. VON CANSTEIN, *Das neue österreichische Civilprozeßrecht im Vergleich mit dem deutschen*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 1896, pp. 266-268; O. v. GIERKE, *Rezension*, cit.; F. ADICKES, *Zur Verständigung über die Justizreform*, Berlin, Guttentag, 1907, p. 31; OERTEL, *Was lehrt die Flucht vor den ordentlichen Gerichten für die Reform des Zivilprozesses*, in « Deutsche Richterzeitung », 1912, cc. 837-845, 844.

fasst⁽²²⁹⁾; allerdings lassen sich die Anstöße zur Errichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht in der interventions- und sozialstaatlichen Umbruchzeit verorten und sind deshalb hier weniger von Interesse. Schließlich blieben natürlich etliche weitere spezielle Ausformungen von Autonomie unerwähnt. Insgesamt aber zeichnen sich doch Umrisse eines Gesamtbildes ab, was zunächst einige zusammenfassende Bemerkungen rechtfertigt. Diese sollen sich mit organisationalen und kompetenziellen Aspekten sowie mit der Kollektivstruktur von administrativer und justizieller Autonomie befassen.

(1) Schon die Gliederungsstruktur des Beitrags verdeutlicht, dass Autonomie überwiegend in nichtstaatlichen bzw. halbstaatlichen Verbänden angesiedelt war, die öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert waren. Jedoch vermittelte die Verfassung als Verband an sich noch keine Regelungskompetenzen, sieht man von der Befugnis zur satzungsmäßigen Gestaltung der Binnenorganisation ab, welche die betreffenden Organisationsgesetze regelmäßig vorsahen. Aus der Tatsache also, dass ein Verband als privater Verein oder als öffentliche Korporation verfasst war, lassen sich für sich genommen noch keine Rückschlüsse auf den Umfang administrativer oder justizieller Autonomie ziehen. Dieser ergibt sich vielmehr aus Spezialbefugnissen — die auch in den Organisationsgesetzen enthalten sein konnten — oder aus zusätzlichen befugnisverleihenden Akten der Staatsgewalt. Waren hingegen Repräsentanten nichtstaatlicher Partialinteressen in die staatliche Verwaltungsbehördenstruktur oder Gerichtsstruktur integriert, konnte sich Autonomie unmittelbar über die diesen Einrichtungen zustehende staatliche Hoheitsmacht realisieren. Freilich musste hierfür der Preis bezahlt werden, dass der nichtstaatlichen Seite oft lediglich nur Mitbestimmungs- oder gar nur Konsultativrechte zustanden.

Die Vielgestaltigkeit von administrativer und justizieller Autonomie erweist sich beim Blick auf die einzelnen im Beitrag herausgearbeiteten Kompetenzen, die einem organisatorischen Träger von Autonomie allein oder in Kombination zustehen konnten. Drei

⁽²²⁹⁾ Dies wird besonders für das südwestdeutsche Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit hervorgehoben von G. SYDOW, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts*, Heidelberg, C. F. Müller, 2000, p. 141 e ss.

Gruppen lassen sich dabei unterscheiden: Normsetzungsbefugnisse, administrative Vollzugsbefugnisse, justizmäßige Entscheidungsbefugnisse. Zur Normsetzung konnte die Ermächtigung in der Weise erfolgen, dass Kollektiventschlüssen schon durch gesetzliche Regelung allgemeine Bindungswirkung beigelegt wurde. Dabei konnte es sich um satzungsmäßige Entscheidungen von Mitgliedsversammlungen handeln, aber auch — wie bei den Unfallversicherungsgenossenschaften — um von Vorständen beschlossene Regelungen. Derartige Bindungswirkung konnten aber auch erst durch nachträgliche Staatsakte erzeugt werden, wie bei den Sicherheitsvorschriften privater Verbände gesehen (dass viele Satzungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften noch der Genehmigung durch die Staatsaufsichtsbehörden bedurften, soll hier nicht weiter erörtert werden).

Bei den administrativen Vollzugsbefugnissen kann man zwischen Entscheidungsbefugnissen (exklusiven oder Mitentscheidungsbefugnissen), Kontrollbefugnissen und Konsultativbefugnissen unterscheiden. Die beiden Letzten vermittelten zwar keine Entscheidungsmacht, über sie war aber — sofern ihre Ausübung formelle Tatbestandsvoraussetzung staatlicher Entscheidung war — eine rechtlich garantierte Mitwirkungsmacht gegeben. Justizmäßige Entscheidungsbefugnisse schließlich konnten den Entscheidungsbefugnissen der ordentlichen Gerichtsbarkeit gleichrangig gestellt sein, nämlich dann, wenn einem mit nichtstaatlichen Repräsentanten besetztem Gremium der Status eines staatlichen (Sonder-)Gerichts verliehen war. Weiter konnte man den Entscheidungen derartiger Gremien den Rang verwaltungsbehördlicher Entscheidungen zuerkennen. Eine Aufwertung zu hoheitlicher Machtausübung ließ sich aber auch dadurch vornehmen, dass das an sich zivilprozessual verfasste Schiedsverfahren im Rahmen einer Zwangsschiedsgerichtsbarkeit praktiziert wurde.

Sichtbar wird also ein überaus heterogenes Bild. Administrative und justizielle Autonomie präsentiert sich hier nicht als ein bestimmter, generalisierbarer Kompetenztyp, sondern als Typenvielfalt, die sich noch weiter ausdifferenzieren lässt. Hinzu kommt ein weiteres Differenzierungskriterium, welches sich aber weniger in den Entscheidungsgehalten als in den Modi der Entscheidungsfindung abbildet. Autonomie konnte im Kern gleichgerichtete Interessenlagen, beispielsweise von einzelnen Wirtschaftssektoren oder

Berufsständen, repräsentieren, die mit der Zielrichtung der gemeinsamen Durchsetzung gegenüber störenden Umwelteinflüssen organisiert wurden. Sie konnte aber auch « antagonistische » kollektive Interessenlagen mit dem Ziel sozialverträglicher Austeriarierung verbinden. Im letzten Fall realisierte sich Autonomie üblicherweise über den Modus paritätischer Entscheidungsfindung.

(2) Die hier skizzierten Strukturen von Autonomie etablierten sich im Zuge der Entstehung des deutschen Interventions- und Sozialstaats⁽²³⁰⁾. Dessen Rechtsordnung war in ihrer ursprünglichen Verfassung nicht auf diese Entwicklung eingestellt, oder genauer: Sie stellte keine übergreifenden Organisations- oder Verfahrensrechtsformen und Ordnungskriterien bereit; das am meisten dogmatisch ausgebaute bürgerliche Recht leistete dies nicht, das Zivilverfahrensrecht in seiner liberalen Grundausrichtung passte sich nur geringfügig, über kleinteilige Reformen⁽²³¹⁾, an; das Verwaltungsrecht befand sich erst in einer Aufbauphase und gewann seine dogmatische Dignität in erster Linie durch eine konsequent etatistische Grundkonstruktion; Gesellschaftsrecht und Vereinsrecht stellten zwar einen Gutteil des organisatorischen Gehäuses zur Verfügung, dies war aber auf privatautonome Gestaltung ausgerichtet. Die Schaffung der rechtlichen Grundlagen vollzog sich vor allem im Wege der Spezialgesetzgebung.

Allmählich erst zeichneten sich neue Rechtsgebiete ab, innerhalb derer man die heterogenen Regelungsbestände zu erfassen und zu systematisieren suchte und in denen auch zahlreiche der hier geschilderten Autonomieformen ihren Platz hatten, insbesondere das Sozialrecht⁽²³²⁾ und das Wirtschaftsrecht⁽²³³⁾, die allerdings oft andere thematische Interessenschwerpunkte und Ordnungsbestre-

⁽²³⁰⁾ Grundlegend zu den interventionsstaatlichen Impulsen für das Recht M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 11 (1989), pp. 129-147.

⁽²³¹⁾ Hierzu D. DANNREUTHER, *Der Zivilprozeß als Gegenstand der Rechtspolitik im Deutschen Reich 1871-1945*, Frankfurt a. M. et al., Lang, 1987; W. SCHUBERT, *Zivilprozessreform in der Weimarer Zeit*, Frankfurt a. M. et al., Lang, 2005.

⁽²³²⁾ I. MIKEŠIĆ, *Sozialrecht als wissenschaftliche Disziplin. Die Anfänge 1918-1933*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2002.

⁽²³³⁾ C. ZACHER, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

bungen aufwiesen. Autonomie im hier beschriebenen Sinne war weder Gegenstand übergreifender gesetzgeberischer Regelungsinteressen noch wurde sie als Zentralproblem von der Rechtswissenschaft erfasst⁽²³⁴⁾. Dies ergab sich teilweise aus der Natur der Sache, haben wir doch gesehen, wie vielgestaltig und über die verschiedensten Regelungssektoren verteilt sie in Erscheinung trat. Es hat aber auch mit der mangelnden Bereitschaft der seinerzeitigen Rechtswissenschaft zu tun, sich umfassend mit den neuen staatlich-privaten Regelungsstrukturen zu befassen⁽²³⁵⁾.

(3) Derartige Regelungsstrukturen haben in letzter Zeit auch in ihrer historischen Verfasstheit verstärkte wissenschaftliche Aufmerksamkeit gefunden. Dahingehende Forschungsanstrengungen lassen sich unter folgenden Bezeichnungen bündeln: « Regulierte Selbstregulierung », « Konfliktregulierung » und « Multinormativität ». An dieser Stelle soll kurz dargestellt werden, wie sich die Befassung mit administrativer und justizieller Autonomie hierin einordnet.

Das Forschungsfeld « Regulierte Selbstregulierung » ist zunächst in der modernen öffentlich-rechtlichen Debatte entstanden⁽²³⁶⁾; hieraus konnten mannigfaltige Impulse für eine rechtshistorische Konturierung gewonnen werden. Sowohl in gegenwarts- als auch vergangenheitsbezogener Perspektive umschreibt der Begriff Regelungsstrukturen, die nichtstaatliche Gestaltungsinteressen und staatliche Steuerungsambitionen aufeinander beziehen⁽²³⁷⁾. Inso-

⁽²³⁴⁾ Allerdings wurden Teilbereiche des hier beschriebenen Feldes unter Begrifflichkeiten wie « Selbstverwaltung » (teilweise auch als « wirtschaftliche Selbstverwaltung » oder « soziale Selbstverwaltung »), « Gemeinwirtschaft », « Wirtschaftsdemokratie » oder « Sozialrecht » (nicht im heutigen Sinn als Recht der sozialen Sicherung, sondern als Kontrastbegriff zum Privatrecht) zusammenfassend thematisiert, konnten also rechtspolitische oder rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit bündeln.

⁽²³⁵⁾ So als zeitgenössische Beobachtung F. GLUM, *Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat. Ein Beitrag zu dem Problem der Repräsentation der Wirtschaft im Staat*, Berlin/Leipzig, de Gruyter, 1929, p. 68 e ss.

⁽²³⁶⁾ Siehe nur A. VORKUHLE, „Regulierte Selbstregulierung“ — zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates* (« Die Verwaltung » Beiheft 4), Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 197-200.

⁽²³⁷⁾ Zum Ansatz P. COLLIN, „Gesellschaftliche Selbstregulierung“ und „regulierte Selbstregulierung“ — ertragsversprechende Analysekatogorien für eine (rechts-)historische

fern weisen die rechtshistorischen Forschungen zu regulierter Selbstregulierung und die hier vorliegenden Ausarbeitungen zu administrativer und justizieller Autonomie eine weitgehende Deckungsgleichheit im Hinblick auf die untersuchten Phänomene auf. Und in der Tat konnten sich die Überlegungen zur Autonomie in vielen Fällen auf die im erstgenannten Forschungsfeld erarbeiteten Forschungsergebnisse stützen. Allerdings schärft der Blick auf Autonomie die Aufmerksamkeit für Probleme der rechtlichen Kompetenzordnung, während Fragen, die das Ausmaß staatlicher Ingerenz betreffen, dahinter zurücktreten. Auch spielen bei der Befassung mit Autonomie informelle — wenngleich rechtlich ermöglichte oder geduldete — wechselseitige Beeinflussungsmöglichkeiten z. B. finanzieller oder persuasiver Art eine geringere Rolle. Teilweise verwandt mit der Forschungsrichtung «Regulierte Selbstregulierung» sind rechtshistorische Forschungsanstrengungen, die sich unter der Bezeichnung «Regulierung»⁽²³⁸⁾ mit staatlich-privaten Regelungsarrangements im Bereich von Verkehrs- und Kommunikationsinfrastrukturen befassen⁽²³⁹⁾. Hierbei werden vor allem die Grundlagen für die

Perspektive?, in *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert — zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2011, pp. 3-31; ID., *Privatisierung und Etatisierung als komplementäre Gestaltungsprozesse — ein historischer Rückblick auf das Problem „regulierter Selbstregulierung“*, in «Juristenzeitung» VI (2011), pp. 274-282. Wegbereitend schon in einem früheren Stadium G. BENDER, *Regulierte Selbstregulierung: Der Fall Tarifautonomie*, in *Selbstorganisation: Ein Denksystem für Natur und Gesellschaft*, hrsg. von M. Vec/M.-T. Hütt/A. Freund, Köln, Böhlau, 2006, pp. 355-371.

⁽²³⁸⁾ Zu nennen ist in erster Linie das vor allem von der Universität Bonn aus betriebene Projekt «Gestaltung der Freiheit - Regulierung von Wirtschaft zwischen historischer Prägung und Normierung» (<http://www.regulierungsgeschichte.de>).

⁽²³⁹⁾ Siehe z. B. R. MICHALCZYK, *Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb. Eine rechtshistorische interdisziplinäre Suche nach einer europäischen Regulierungstradition am Beispiel der Entwicklung der Eisenbahn in England, Preußen und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010; M. SCHMOECKEL, *Ideengeschichte der Regulierung im 19. Jahrhundert am Beispiel der Eisenbahn*, in *Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, 2012, pp. 89-121; *Regulierung im Telekommunikationssektor*, hrsg. von M. Kurth/M. Schmoeckel, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2012; *Gestaltung der Freiheit - Regulierung von Wirtschaft zwischen historischer*

Herausarbeitung sektorspezifischer Formen von Autonomie geschaffen.

Unter der Bezeichnung « Konfliktregulierung » lassen sich noch etwas jüngere rechtshistorische Ansätze zusammenfassen, die sich von der klassischen Justizgeschichte emanzipiert haben und in ihrem Forschungsinteresse vom Konflikt sowie dessen rechtlicher Regulierung ausgehen, unabhängig davon, ob sich die Konfliktbewältigung in gerichtlichen oder außergerichtlichen, in staatlichen oder nichtstaatlichen Organisationsformen abspielt ⁽²⁴⁰⁾; von Interesse erscheinen nicht zuletzt hybride Gestaltungsvarianten und Formen von « Infrajustiz » ⁽²⁴¹⁾. In diesem Umfeld findet justizielle Autonomie als auf die Konfliktregulierung bezogener Befugniskomplex seinen Platz.

Schließlich kann die Untersuchung von Autonomie auch für rechtshistorische Multinormativitätsforschung fruchtbar gemacht werden. Letztere kann an die mehr gegenwartsbezogenen bzw. ethnologisch ausgerichteten, aber dennoch historisch sensiblen Studien zum Rechtspluralismus anknüpfen ⁽²⁴²⁾. In ihrer dezidiert programmatischen Absicht ⁽²⁴³⁾, handelt es sich um eine relativ neue

Prägung und Normierung, hrsg. von F. Schorkopf/M. Schmoeckel/G. Schulz/A. Ritschl, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2013.

⁽²⁴⁰⁾ Hier ist vor allem zu nennen der in Frankfurt a. M. angesiedelte LOEWE-Schwerpunkt « Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung » (www.konfliktloesung.eu) sowie der Forschungsschwerpunkt « Konfliktregulierung » am MPI für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a. M. (<http://www.rg.mpg.de/de/forschungsprofil/schwerpunkte/konfliktregulierung.cfm>).

⁽²⁴¹⁾ Aus dem hier beschriebenen Forschungsumfeld dazu vor allem K. HARTER, *Konfliktregulierung im Umfeld frühneuzeitlicher Strafgerichte. Das Konzept der Infrajustiz in der historischen Kriminalitätsforschung*, in « Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung (KritV) » XCV, 2 (2012), pp. 130-144.

⁽²⁴²⁾ Das Schrifttum ist mittlerweile unüberschaubar. Grundlegend insbesondere J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, in « Journal of Legal Pluralism », XXIV (1986), pp. 1-55, jetzt vor allem P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, in « Southern California Law Review », LXXX (2007), pp. 1155-1237.

⁽²⁴³⁾ M. VEC, *Multinormativität in der Rechtsgeschichte*, in *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften. Jahrbuch 2008*, Berlin, Akademie-Verl., 2009, S. 155-166; vor allem aber T. DUVE, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in « Rechtsgeschichte », XX (2012), pp. 18-71, 52 (« Polynormativität »).

Forschungsrichtung ⁽²⁴⁴⁾, die vom Staat als Normsetzungsmonopolisten Abschied nimmt und dennoch auch für die Erforschung von Rechtsräumen etablierter Nationalstaatlichkeit nutzbar gemacht werden kann. Nicht nur, dass in diesem (semi-) autonome soziale Felder anzutreffen sind, wie dies Sally F. Moore vorbildhaft (und auch von der Rechtsgeschichte rezipiert ⁽²⁴⁵⁾) herausgearbeitet hat ⁽²⁴⁶⁾, auch war es Rechtsvielfalt, die von Zeitgenossen als ein aus justizieller Autonomie resultierender Zustand beklagt wurde: Die Dominanz der kaufmännischen Schiedsgerichtsbarkeit würde nicht nur die staatliche Gerichtsbarkeit bedrängen, sondern auch das staatliche Recht; an seine Stelle trete wieder ständische Rechtszersplitterung ⁽²⁴⁷⁾. Autonomie realisierte sich also über eine Vielzahl normativer Ebenen. Für deren Erschließung bietet sich Autonomie der Multinormativitätsforschung als analytischer Schlüsselbegriff an.

⁽²⁴⁴⁾ Gewisse Akzente wurden allerdings schon gesetzt, z. B. bei P. OESTMANN, *Rechtsvielfalt vor Gericht*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2002.

⁽²⁴⁵⁾ B. DEBAENST, *Regulated self-regulation in Belgium. The case of the world of labor*, in *Regulierte Selbstregulierung in westlichen Gesellschaften des 19. und 20. Jahrhunderts*, hrsg. von P. Collin/G. Bender/S. Ruppert/M. Seckelmann/M. Stolleis, Frankfurt a. M., Klostermann, i. E.

⁽²⁴⁶⁾ S. F. MOORE, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in « Law & Society Review » VII (1973), pp. 719-746.

⁽²⁴⁷⁾ LEO, *Gutachten*, cit., p. 183; in gleicher Diktion auch Diskussionsbeiträge anderer Teilnehmer, in *Verhandlungen des Vierunddreißigsten Deutschen Juristentages*, vol. I, Berlin/Leipzig, de Gruyter, 1926, pp. 589, 600, 602.

GIACOMO DEMARCHI

AUTONOMIA E COSTRUZIONE DEL TERRITORIO:
IL CASO SPAGNOLO FRA CONSERVATORISMO,
AUTORITARISMO E DEMOCRAZIA (1898-1931)

Il 17 settembre 1931 il popolare quotidiano *Heraldo de Madrid* pubblicò la prima parte di una vasta inchiesta, realizzata fra i deputati delle *Cortes Constituyentes* della seconda Repubblica spagnola, rivolgendo una domanda che proprio in quei giorni stava infiammando i dibattiti assembleari: La Repubblica sarebbe stata federale o unitaria? ⁽¹⁾. Si trattò di un sondaggio a tappeto, per cui si interpellarono all'incirca duecento deputati: le risposte, nonostante la formulazione dicotomica della domanda (una scelta quest'ultima non priva di un forte connotato ideologico), restituirono un ventaglio di opzioni molto vario, fatto di forti contrapposizioni e di una certa confusione ⁽²⁾.

Fra gli apparentemente chiari estremi di chi appoggiava l'opzione di un variamente definito *Estado federal* e di coloro che si proclamavano risolutamente *unitaristas* (anche se, si noti, praticamente nessuno centralista), vi fu un oggettivo florilegio di definizioni, alcune interessanti, altre curiose, molte oggettivamente imprecise: « autonomista », « federable », « federalizable », « unitaria con amplias autonomías regionales », « de tendencia federal » furono

⁽¹⁾ *La República española, ¿será federal o unitaria?* in « Heraldo de Madrid », 17 settembre 1931, p. 15; 18 settembre 1931, p. 13; 19 settembre 1931, p. 9; 20 settembre 1931, pp. 15-16.

⁽²⁾ L'« Heraldo de Madrid » dava peraltro chiara manifestazione delle sue intenzioni in un articolo di spalla introduttivo all'inchiesta stessa, pubblicato in prima pagina lo stesso 17 settembre, il cui titolo, *Nuestra encuesta y la votación de esta tarde en las Constituyentes*, veniva significativamente integrato dall'occhiello *La difícil virtud de la consecuencia*.

alcune fra le molte che vennero utilizzate ⁽³⁾. Ancora poco successo aveva la definizione di « integral », il cui inserimento nella versione finale del testo costituzionale fu il punto di arrivo di un lungo dibattito: per quanto il termine fosse già stato introdotto dal presidente de la *Comisión de Constitución*, il celebre penalista Luis Jiménez de Asúa, nel suo discorso di presentazione del progetto costituzionale, sino a quel momento non aveva ancora ottenuto un gran riconoscimento ⁽⁴⁾. Quello che sembra piuttosto evidente è come spesso si utilizzassero o recepissero queste definizioni senza che in realtà vi fosse una reale coscienza di ciò che significassero: un problema, quello della superficiale conoscenza del tema della organizzazione territoriale da parte della maggioranza dei deputati costituenti, che in Aula venne a più riprese messo in rilievo ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ J.F. GARCÍA SANTOS, *Léxico y política de la Segunda República*, Salamanca, Servicio de publicaciones de la Universidad de Salamanca, 1980.

⁽⁴⁾ Diario de Sesiones de Cortes Constituyentes (DSCC), n. 28 del 27 agosto 1931, p. 644-645. Sul modello dell'*Estado Integral*: F. HERNANDEZ LAFUENTE, *Autonomía e integración en la segunda república*, Madrid, Encuentro, 1980; F. TOMÁS Y VALIENTE, *El estado integral: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada*, in *La II República. El primer bienio. III Coloquio de Segovia sobre Historia contemporánea de España*, a cura di J. L. García Delgado, Manuel Tuñón De Lara, Madrid, Siglo XXI, 1987, pp. 379-396; J. E. ALBACETE EZCURRA, *El estado integral de la segunda república española*, Madrid, Nausicaa, 2006; C. A. CHERNICHERO DIAZ, *El estado integral en la Constitución de la II República: proceso político, sistema parlamentario y conflictos territoriales*, Cádiz, Servicio Publicaciones UCA, 2007.

⁽⁵⁾ Prova della poca chiarezza fu proprio il successo del termine « federable », che fu difeso da un personaggio di prima grandezza quale Niceto Alcalà Zamora, presidente del governo provvisorio e protagonista com'è noto di un appassionato discorso che proprio il 17 settembre bloccò la strada all'introduzione del termine federale. Una definizione quella di 'federable' molto vicino, nello spirito, alla definizione 'de tendencia federativa', apparsa ancora il 25 settembre nella penultima redazione dell'articolo primo proposta dalla *Comision de Constitución* e dal significato, questo sì, decisamente oscuro. Lo mise ben in chiaro Ortega y Gasset in quella stessa sessione, consultabile in *DSSC*, n. 45, p. 1255: « No fue para mí sorpresa grande, pero fue confirmación dolorosa, ver que en uno de los temas más graves que nos plantea al presente el destino, el de la autonomía regional, existía una extrema confusión de ideas y que, apenas comenzaba la campaña electoral, en la propaganda, en el mitin, en el periódico, y hasta en esta misma Cámara, se padecía, en general, una lamentable confusión entre ambos principios. ». Un concetto ribadito verso la fine del suo intervento, p. 1257: « Pues que, en este mismo artículo que se nos propone votar no se dice que la República española va a ser 'de tendencia federal que permita la autonomía de

Eppure in questo ventaglio di visioni ed ipotesi un punto sembrava accomunare, almeno formalmente, tutte le soluzioni, sia che fossero ispirate al più classico federalismo sinallagmatico, che al regionalismo nelle sue più diverse declinazioni o all'ideale della *Nación indisoluble*: la necessità che il concetto di autonomia costituisse il mattone fondamentale per costruire l'articolazione territoriale.

Per quanto dunque le risposte, escludendo un numero relativamente ridotto di casi, possano apparentemente ridursi a quattro grandi raggruppamenti, ovvero quello federale, il 'federabile', l'autonomista-regionalista e l'unitario, in realtà qualsiasi operazione di schematizzazione rischia di decontestualizzare il processo con cui si arrivò a definire la nuova costituzione territoriale repubblicana: una operazione che non solo non permetterebbe cogliere la complessità attraverso cui si mosse il dibattito sulla questione territoriale, ma che soprattutto corre il rischio di semplificare qualsiasi tentativo di ricostruzione storica a partire dalle successive evoluzioni della questione autonomista e regionalista ⁽⁶⁾. Non bisogna inoltre dimenticare come gli stessi protagonisti del momento costituente repubblicano a identici significati attribuissero distinti significati, alla luce di processi ideologico-culturali differenti: l'unitarismo di molti socialisti era distante da quello propugnato da parte dei conservatori, esattamente come l'accezione federale di molti radicali aveva poco a che vedere con quella dei federalisti ⁽⁷⁾. Né tanto meno si può dire che valesse una chiara disciplina di partito, quando addirittura in una formazione, in altri casi sufficientemente disciplinata, come il PSOE, le differenze furono piuttosto marcate ⁽⁸⁾.

Municipios y regiones', como si para que fuera esto permisible fuese menester que un Estado se convirtiese en federal? Evidentemente, aquí hay gravísima confusión ».

⁽⁶⁾ Di cui un buon inquadramento: F. BADIA, *El estado unitario, el federal y el estado autonómico*, Madrid, Tecnos, 1986.

⁽⁷⁾ C. A. CHERNICHERO DÍAZ, *Cuestión autonómica y partidos políticos ante las Cortes Constituyentes de la Segunda República*, in *La escarapela tricolor: el republicanismo en la España contemporánea*, a cura di C. Cabrero Blanco, X. F. Bas Costales, V. Rodríguez Infesta, S. Sánchez Collantes, Oviedo, KRK, 2008, pp. 425-443.

⁽⁸⁾ D. GUERRA SESMA, *El PSOE y el federalismo en el debate constituyente de 1931*, in « Cuadernos de Alzate: revista vasca de la cultura y las ideas », 41 (2009), pp. 25-58.

Occorre dunque domandarsi come l'idea di autonomia si trasformi in una sorta di 'parola magica', tanto affascinante quanto pericolosa, per lo studioso che voglia cercare di penetrare i diversi significati che le vennero attribuiti, nella complessa partita di ridefinizione della struttura territoriale messa in atto a partire dalla sovranità di un potere costituente democratico, obbligato a confrontarsi con molteplici nuclei di potere che rivendicavano una legittimità. Per fare ciò è necessario considerare il tutto sommato breve e concitato processo di redazione della carta repubblicana del 1931 come il punto di arrivo di un lungo cammino, che trova le sue radici più profonde in quella crisi politica, culturale ed identitaria che fu scatenata dalla perdita delle ultime colonie ultramarine nel 1898: un *Desastre*, come da subito si riconobbe, che attivò un ampio e complesso processo di riconsiderazione dei fondamenti stessi della Nazione, della sua sovranità e della articolazione territoriale ⁽⁹⁾. Uno *shock* che spinse a trovare una soluzione tanto nella propria tradizione giuridico-culturale, quanto attraverso la *Europeización* della cultura spagnola, in una relazione con l'*Occidente* vissuta attraverso un singolare (ma non unico nel contesto europeo *fin de siècle*) duplice sentimento di attrazione-repulsione ⁽¹⁰⁾. In questa complessa dinamica, tesa fra apertura e *casticismo*, il termine-concetto di autonomia, anche se non nuovo al lessico spagnolo, conobbe un sempre maggior protagonismo, iniziando però proprio per questo a divenir vieppiù sdruciolevole ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ J. G. CAYUELA FERNÁNDEZ, *Proyectos de sociedad y nación: la crisis del concepto de España en el 98*, in *Sociabilidad fin de siglo: espacios asociativos en torno a 1898*, a cura di R. Villena Espinosa, I. Sánchez Sánchez, Cuenca, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pp. 45-72; *España en el tránsito del siglo XIX y XX: actas del IV Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*, a cura di R. Sánchez Mantero, 2 voll., 2000; J. P. FUSI AIZPURÚA, *Los nacionalismos y el Estado español: el siglo XX*, in « Cuadernos de Historia Contemporánea », 2000, n. 22, pp. 21-52; ID., *La patria lejana: el nacionalismo en el siglo XX*, Madrid, Taurus, 2003; A. ELORZA DOMÍNGUEZ, *El 98 y la crisis del Estado-Nación*, in *Los nacionalismos en la España contemporánea: ideologías, movimientos y símbolos*, a cura di J.-L. Guereña, M. Morales Muñoz, Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, 2006, pp. 41-52.

⁽¹⁰⁾ M. TUÑÓN DE LARA, *Medio siglo de cultura española — (1885-1936)*, Madrid, Tecnos, 1984.

⁽¹¹⁾ Per quanto sia vero, come ricorda recentemente R. POLO MARTIN in *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y*

L'uso e la proiezione di questo concetto, come la sua relazione con sovranità e territorio, si inserirono in una complessa e articolata riconsiderazione a cui venne sottoposto il costituzionalismo europeo durante il delicato passaggio fra i due secoli. Fra i molti testi che si potrebbero prendere a testimonianza uno di quelli che forse meglio sintetizzò questo dibattito fu l'agile ma fondamentale saggio di Georg Jellinek intitolato *Über Staatsfragmente*, pubblicato nel 1896⁽¹²⁾. Ricompresa parzialmente in seguito in differenti punti della sua celebre *Allgemeine Staatslehre* (la quale, non si dimentichi, fu oggetto una decina di anni dopo di una fortunata traduzione ad opera di Fernando de los Rios, futuro protagonista della stagione costituente della II Repubblica spagnola⁽¹³⁾), questa breve pubblicazione affrontava in modo sistematico il delicato nodo della crisi del concetto monolitico di sovranità. Prendendo in esame realtà tanto diverse come lo statuto dell'Alsazia Lorena annessa al territorio prussiano, lo *status* dei territori canadesi nel Commonwealth britannico o l'articolazione dei *Länder* dell'Impero austro-ungaro, venivano evidenziate le differenti declinazioni pratiche che un concetto teoricamente antico come quello di autonomia poteva assumere nel complicato triangolo Stato-Nazione-Nazionalità, superando i limiti classici del decentramento amministrativo⁽¹⁴⁾. Una operazio-

evolución conceptual entre 1808 y 1936, Madrid, Dyckinson - Universidad Carlos III, 2014, pp. 18-19, che la ricezione del termine autonomia da parte del *Diccionario de la Lengua Española* della Real Academia risale solo al 1869, in realtà già anteriormente altri dizionari davano notizie del termine, fin da subito con un chiaro connotato giuridico-politico: primo fra tutti sembra essere quello di NUÑEZ DE TABOADA, che già nel 1825 nel suo *Diccionario de la lengua castellana*, Parigi, Biblioteca de Seguín, pp. 162 definiva autonomia come « Libertad de gobernarse por sus propias leyes ». A riguardo si veda: G. CLAVERÍA NADAL, *Historia del léxico en los diccionarios — la deuda del "Diccionario de la lengua Castellana" de la Real Academia Española con los diccionarios de M. Núñez de Taboada*, in « Revista de Historia de la Lengua Española », n. 2, 2007, pp. 3-27.

⁽¹²⁾ G. JELLINEK, *Über Staatsfragmente*, Heidelberg, Koester, 1896 (è disponibile una versione tradotta e prologata in spagnolo da M. HERRERO DE MINÓN, *Fragmentos de Estado*, Madrid, Cívitas, 1978).

⁽¹³⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, 1905, (traduzione e prologo in spagnolo della seconda edizione tedesca di F. DE LOS RÍOS URRUTI, *Teoría general del Estado*, Madrid, Victoriano Suárez, II voll. 1914-1915).

⁽¹⁴⁾ Senza pur tuttavia giungere ad una chiara teorizzazione sul tema: lo stesso modello dell'autonomia *durch Länder*, che in Jellinek partiva soprattutto dalla consta-

ne culturale per certi versi opposta a quella che invece di lì a un anno realizzò in Italia Santi Romano, al momento di redigere la voce « Decentramento amministrativo » pubblicata nell'*Enciclopedia Giuridica Italiana*, in cui fin dal titolo è evidente come per il giurista palermitano qualsiasi problema relativo all'autonomia degli organi territoriali si potesse articolare solo in una chiara gerarchia discendente, dando difatti poco spazio allo stesso termine autonomia e privilegiando piuttosto l'uso, come limite estremo, del termine di autarchia ⁽¹⁵⁾. Un approccio, quello di identificare l'autonomia locale con lo sviluppo in maggior o minor grado della pura auto-amministrazione, che di fatto negava qualsiasi dimensione di auto-governo locale, che invece fu il centro di attenzione di quegli autori che vedevano in una costruzione della piramide amministrativa dal basso la chiave per risolvere l'ormai annoso problema esistente fra democratizzazione della politica e sovranità dello Stato di Diritto: in questo senso paradigmatica è la pubblicazione nel 1901 della *Englische Lokalverwaltung* di Redlich, in cui l'autore austriaco smontava il parallelismo gneistiano fra *self-government* e *Selbstverwaltung*, sottolineando il valore politico ed il momento rappresentativo nell'amministrazione locale ⁽¹⁶⁾. In Redlich l'autonomia dei corpi territoriali locali diveniva al contrario il motore primo della costruzione della sovranità: una prospettiva quest'ultima che significativamente, nel contesto tedesco-prussiano, Hugo Preuss, futuro padre della costituzione di Weimar, aveva già fatto sua anni prima in *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, partendo in questo caso da

tazione di una oggettiva irriducibilità dei territori presi in considerazione a semplici circoscrizioni, senza che comunque vi fosse presente alcuna forma di patto federale. Per una buona sintesi sul pensiero di Jellinek e della sua proiezione: J. KERSTEN, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000 (qui soprattutto pp. 294-301).

⁽¹⁵⁾ La voce fu pubblicata come separata: S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1897.

⁽¹⁶⁾ J. REDLICH, *Englische Lokalverwaltung - Darstellung der inneren Verwaltung Englands in ihrer geschichtlicher. Entwicklung und in ihrer gegenwärtigen Gestalt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1901. Significativamente l'opera conobbe una rapida traduzione all'inglese: *Local government in England*, London, Macmillan and Co., 1903. Sul tema si veda: F. RUGGE, *Selbstverwaltung. Metamorfofi di una nozione costituzionale nella Germania contemporanea*, in *Le autonomie e l'Europa — profili storici e comparati*, a cura di P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1993 pp. 163-200.

una complessiva rilettura che permise di valorizzare in chiave democratica l'organicismo di matrice gierkiana (17).

Quest'ampio dibattito di portata continentale sul binomio autonomia-territorio trovò un terreno fecondo nella Spagna tardo-canovista, stretta com'era la monarchia spagnola fra le contraddizioni di un modello territoriale teoricamente centralista e una realtà in cui le *élites* locali erano il reale motore della vita politica della *Restauración* (18). Superare la costituzione del 1876, risolvendo gli antichi limiti del liberalismo spagnolo attraverso un concreto sviluppo dell'autonomia, fu la sfida che animò un dibattito costituzionale che, dalle prospettive più diverse e con le più differenti finalità, di fatto non terminò che con l'avvento della Repubblica (19).

Quasi ovvio fu che il fallimento del primo esperimento repubblicano federale obbligasse i suoi protagonisti ad una attenta riflessione, attraverso cui poter dare nuova credibilità al progetto: fu così che se un'opera come *Las Nacionalidades* di Pi y Margall iniziò a riallineare una tradizione federale di chiara matrice proudhoniana verso una maggiore attenzione al dato storico ed alla tradizione, la riflessione di Valentí Admirall aprì definitivamente in area catalana le porte all'idea di un'autonomia federale intesa come capacità di una nazionalità di gestirsi come corpo politico (20). Una nozione che,

(17) H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, Aalen Scientia Verlag, 1889. Per un esame approfondito del pensiero del padre della costituzione di Weimar: S. MEZZADRA, *La costituzione del sociale — il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna, il Mulino, 1999.

(18) M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local: antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense - Civitas, 1990.

(19) S. JULIÁ DÍAZ (a cura de): *La Constitución de 1931*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 13-28.

(20) F. PI Y MARGALL, *Las nacionalidades: escritos y discursos sobre federalismo*, Madrid, Akal, 2009. Su Pi y Margall se fondamentale continua ad essere la monumentale opera di A. JUTGLAR, *Pi y Margall y el federalismo español*, Madrid, Taurus, 1976, II voll., per un profilo più aggiornato si veda: J. VILCHES GARCÍA, *Pi y Margall, el hombre sinalagmático*, in « Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales », n. 6, 2001, pp. 57-90. Più in generale sul federalismo spagnolo ottocentesco, oltre al classico studio di G. TRUJILLO FERNÁNDEZ, *Introducción al federalismo español: (ideología y fórmulas constitucionales)*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1967, molto interessanti le considerazioni di J. L. VILLACAÑAS BERLANGA, *La idea federal en España*, in *Federalismo*

negli anni della Grande Guerra, Rovira i Virgili fu capace di traghettare verso una compiuta dimensione democratica, superando il positivismo deterministico della nazione di Admirall, a favore di una nozione di autonomia intesa come volontà del popolo catalano (21). In ogni caso sino almeno alla prima guerra mondiale sia il catalanismo politico come altri movimenti, tanto regionalisti come nazionalisti, in altre realtà territoriali spagnole, si mossero soprattutto nelle coordinate del tradizionalismo: sempre rimanendo sul caso catalano personaggi come Duran y Ventosa o lo stesso Prat de la Riba dettarono la linea che condusse i governi spagnoli di inizio Novecento a quel compromesso minimo che fu il progetto di *Mancomunidad*, iniziato durante l'ultimo periodo maurista (22). Un compromesso che in realtà era quasi più un volontario equivoco proprio attorno a che cosa si intendesse per autonomia, dato che dalla prospettiva di Maura si cercò di dare una risposta di tipo conservatore, che potesse almeno parzialmente soddisfare il regionalismo tradizionalista, attraverso una nozione di autonomia fondamentalmente amministrativa (23); al contrario progetti quali l'*Estatut de autonomia* del 1919 dimostrarono come la *Ley de Mancomunidades* fosse considerata come solo il primo tassello di un progetto

y cuestión federal en España a cura di M. Chust Calero, Castelló de la Plana, Servicio de Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2004, pp. 115-160. Specificamente su federalismo e questione catalana: GONZALEZ CASANOVA, *Federalismo y autonomía Cataluña y El Estado Español 1868-1938*, Barcelona, Crítica, 1979; P. GABRIEL SIRVENT, *Republicanos federalismos en la España del siglo XIX: el federalismo catalán*, in «Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales», n. 6 (2001), pp. 31-56.

(21) A. ROVIRA Y VIRGILI, *El nacionalismo catalán: su aspecto político, los hechos, las ideas y los hombres*, Barcelona, Editorial Minerva, 1917, pp. 309-310: «Desde el punto de vista político, no se trata ya de una cuestión de doctrina, ni de historia, sino de un hecho. La doctrina puede ser discutida, la historia puede ser interpretada diversamente. Pero el hecho no puede negarse: y este hecho es que Cataluña reclama su autonomía plena, política y espiritual». Un suo attualizzato profilo: X. FERRÉ I TRILL, *Antoni Rovira i Virgili*, in «Diàlegs: revista d'estudis polítics i socials», Vol. 17, n. 63 (2014), pp. 41-56.

(22) J. PITCH I MITIANA, *La génesis del Catalanismo político. De los inicios de la Restauración a la crisis del Centre Catalá*, in «Hispania - Revista española de historia», CSIC, v. LXVIII, n. 229 (2008), pp. 437-470.

(23) Con tema la *Mancomunidad* catalana e la produzione giuridica dell'epoca: X. ARBÓS MARÍN, *Los inicios del derecho público contemporáneo en Cataluña*, in «Revista Catalana de Dret Públic», 41 (2010), pp. 1-24.

ampio, di riforma costituzionale, in cui alle richieste di democratizzazione della vita politica spagnola si accompagnasse una ridefinizione dal basso del concetto di Nazione⁽²⁴⁾. Fu in questo contesto che l'avvento del Direttorio militare primoriverista scalzò i differenti progetti di riforma, proponendosi sin da subito, con la introduzione fra 1924 e 1925 degli Statuti municipale e provinciale, di dare compiuto fondamento alla sovranità della Nazione politicamente unitaria, a partire da una nozione di autonomia municipale che, con forti venature di tipo corporativo, permetteva di comprimere al massimo qualsiasi reale forma di autonomia politica⁽²⁵⁾. Spingere sull'autonomia municipale non era in contraddizione con la creazione di uno stato fortemente centralista, tutt'altro; lungi dall'essere solo infatti un artificio retorico, creare una bipolarità Municipio-Stato, intesi come l'alfa e l'omega della dimensione politica, aveva l'intenzione e la potenzialità di raggiungere contemporaneamente due obiettivi determinanti: svuotare di contenuto le forze autonomiste per costruire una chiara e nuova retorica nazionalista spagnola, impedendo allo stesso tempo la critica al Direttorio di insensibilità nei confronti della dimensione locale⁽²⁶⁾.

La grande scommessa del sincretismo di Calvo Sotelo, principale artefice delle riforme locali primoriveriste, fu quella di osse-

⁽²⁴⁾ A. BALCELLS: *El projecte d'autonomia de la mancomunitat de Catalunya del 1919 i el seu context històric*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2010. Tutti questi documenti sono facilmente rintracciabili in J. A. SANTAMARÍA PASTOR, E. ORDUÑA REBOLLO, R. MARTÍN-ARTAJÓ, *Documentos para la Historia del Regionalismo en España*, Madrid, IEAL, 1977.

⁽²⁵⁾ M. A. PERFECTO GARCÍA, *El corporativismo en España: desde los orígenes a la década de 1930*, in « Pasado y memoria: Revista de historia contemporánea », n. 5 (2006), pp. 185-218.

⁽²⁶⁾ Riguardo agli Statuti municipale e provinciale primoriveristi, oltre alla testimonianza lasciata da J. CALVO SOTELO: *Mis servicios al estado. Seis años de gestión - Apuntes para la historia*, Madrid, IEAL, 1974 (2. ed.), si vedano: S. MARTÍN RETORTILLO, E. ARGULLOL MURGADAS, *Descentralización administrativa y organización política. Aproximación histórica (1812-1931)*, Madrid, Alfaguara, 1973, pp. 315-369; J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS (coord.), *Cincuentenario del Estatuto Municipal. estudios conmemorativos*, Madrid, INAP, 1975; E. ORDUÑA REBOLLO, *La reforma de la Administración local: de la frustración maurista al estatuto de Calvo Sotelo*, in *Reformistas y reformas en la administración española - 3. Seminario de Historia de la Administración*, Madrid, INAP, 2005, pp. 143-176.

quiere, almeno formalmente, le più diverse suggestioni del Regeneracionismo organicista, che avevano portato già da decenni sul banco degli imputati i *patrones* del liberalismo dottrinario (27). Occorre dunque fare un passo indietro per vedere, anche solo in forma sommaria, come organicismo, rigenerazione culturale ed armonizzazione dello Stato con la Società, avessero accomunato sin dagli inizi della Restaurazione canovista quelle differenti ideologie che cercarono soluzioni al problema politico-istituzionale di una Nazione spagnola che, per quanto in crisi, veniva considerata come un dato non discutibile.

Punto di partenza fondamentale era il rifiuto del modello individualista del liberalismo dottrinario e della rigidità delle sue categorie politico-giuridiche applicate all'amministrazione territoriale, anche se importate nel mondo spagnolo spesso su di un piano formale e con modalità frammentarie: per quanto difatti a partire dagli anni Quaranta del XIX secolo centralizzazione ed uniformità fossero più una finalità da raggiungere che una realizzazione concreta, lo stato amministrativo post-napoleonico divenne il simbolo stesso della volontà di creare un edificio pubblico che, considerando solo l'individuo come soggetto unico di diritto, cercava di ridurre la poliedrica e complessa realtà territoriale, culturale e storica della monarchia ispanica all'interno di categorie vissute come artificiali ed uniformanti (28). Fu in questo contesto che si venne delineando sempre più chiaramente quella bipolarità Municipio — Provincia, intesa come contrapposizione fra ente naturale e artificiale, consacrando così la rappresentazione dell'istituto provinciale quale *radix malorum* della crisi della Nazione (29). Una critica, questa, condivisa in buona sostanza tanto dai federalisti come dai regionalisti prima e dai nazionalisti poi, alla luce però di una visione delle necessità della Nazione spagnola diametralmente opposte: se difatti il federalismo

(27) Sul tema sempre valido: L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

(28) Anche se focalizzato su una tematica specifica, si veda il monografico n. 7 (2008) de « Cuadernos de derecho judicial », dedicato a *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. "Una" historia de sus orígenes*, a cura di M. Lorente Sariñena.

(29) *Provincia y nación: los territorios del liberalismo*, a cura di C. Forcadell Álvarez, M. C. Romeo Mateo, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2006.

in un primo momento, e i diversi progetti legati alle nazionalità periferiche in seguito, considerarono che prioritario fosse il conseguimento dell'autonomia politica delle distinte regioni al fine di ricostruire una Nazione spagnola frutto di un patto, movimenti tanto diversi fra loro, quali il *costismo*, il neo-tomismo o lo stesso krausismo, per quanto cercassero di costruire anche dal basso la legittimazione della piramide amministrativa, partivano però dal punto fermo di una Nazione spagnola depositaria di una sovranità politica non discutibile, per quanto bisognosa, questo sì, di ritrovare la propria essenza ⁽³⁰⁾. Una volta individuati questi punti condivisi, non bisogna però cadere nel rischio di accomunare ideologie che si scontrarono al calor bianco: proprio la scommessa della riforma territoriale divenne il campo di battaglia dove si confrontarono differenti prospettive, accomunate da un lessico di matrice organicista, ma con cui si cercava di affermare una nozione di autonomia dietro cui si celavano presupposti in realtà profondamente differenti. Poco avevano a che vedere fra di loro il « regionalismo autonomico » dal sapore autoritario di Picavea in *El Problema nacional* con quello riformista di Posada ⁽³¹⁾; come d'altronde totalmente differente è l'uso del termine autarchia nel Costa de *El Problema de la ignorancia del Derecho* rispetto all'opera di Azcárate ⁽³²⁾. In ogni caso in pochi movimenti come in quello krausista la riflessione sul concetto di autonomia ebbe tanta importanza, come è ben visibile proprio nello stesso Azcárate, autore del famoso saggio *El self-government y la Monarquía doctrinaria*. Il professore leonense sintetizzò in questo testo la fondamentale importanza che l'idea di autonomia aveva nel progetto krausista di rinnovamento dei pilastri

⁽³⁰⁾ Sul tema oltre al classico di J.J. GIL CREMADES, *El reformismo español — krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, Ariel, 1969, si veda: S. MARTÍN MARTÍN, *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945) (I)*, in « Historia Constitucional: Revista electrónica de Historia constitucional », n. 11 (2010), pp. 89-125.

⁽³¹⁾ R. MACÍAS PICAVEA, *El problema nacional*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1899 (edizione utilizzata: Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979).

⁽³²⁾ J. COSTA, *El Problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid, San Francisco de Sales, 1901.

costituzionali della Monarchia ⁽³³⁾: porre l'autonomia come principio preformatore della costituzione territoriale avrebbe avuto la capacità di far emergere la vera caratteristica dell'essere umano come essere autonomo in uno schema ordinatore superiore (ma non per questo deterministico).

Il motivo per cui Municipi, Provincie o Regioni dovevano avere una loro sfera di autonomia nasceva dunque dal loro essere organismi sociali, composti da individui di cui condividono in certa misura la natura. La sovrapposizione fra singolo ed organo (o meglio il funzionamento stesso dell'umanità come organismo), perfettamente giustificata all'interno del krausismo sociale, permette dunque di attribuire alle istanze sociali intermedie il diritto all'auto-amministrazione, ovvero alla salvaguardia della propria libertà come diritto naturale dell'uomo ⁽³⁴⁾.

Il vero problema della struttura territoriale spagnola sarebbe dunque stato quello di essere solo una rete amministrativa, che negava i propri diritti ai diversi individui collettivi esistenti, primo fra tutti il Municipio, base storica e naturale del consociazionismo ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ G. CAPELLAN DE MIGUEL, *Prefazione* a G. de Azcárate, *El self-government y la Monarquía doctrinaria*, Madrid, Librerías de A. de San Martín, 1877, nell'edizione del CEPC, Madrid, 2007, pp. XXIV-XXV Seguendo infatti l'eccellente schema proposto da Capellan de Miguel il momento dell'autogoverno di sè (momento morale), delle libertà medievali (momento locale) e dell'affermazione della rappresentanza democratica (momento nazionale) vengono ad intrecciarsi e fondersi nell'opera dell'autore leonense. L'affermazione dell'autogoverno significa in realtà aver fatto trionfare la visione antropologica krausista. Ma proprio qui il pensiero krausista mostra i suoi principali limiti sul tema: al cercar di superare la contrapposizione fra Società e Stato di matrice hegeliana, il concetto di *self-government* come autonomia si avvicina molto ad un autarchismo, in cui lo Stato ricopre un ruolo minimale, sino quasi a scomparire. D'altra parte, però, proprio la necessità di dover iniziare il cambiamento dall'alto, secondo logiche elitiste, pone proprio nelle istituzioni pubbliche il motore del cambiamento sociale.

⁽³⁴⁾ Azcárate in *El self-government y la monarquía...* utilizza di preferenza il termine di origine anglosassone, per quanto in altre occasioni ricorra al termine autarchia, preferendolo a quello di autonomia. Se infatti ad autonomo spesso si associa anche il principio di sovranità, negato a qualsiasi ente diverso dallo Stato, autarchico è « la facultad de regir su vida libremente dentro de la ley » (« El programa de Manresa », in G. DE AZCÁRATE, *Municipalismo y regionalismo*, Madrid, INAP, 1979, p. 188).

⁽³⁵⁾ G. CAPELLAN MIGUEL, *La España armónica — el proyecto del krausismo español para una sociedad en conflicto*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, pp. 216-220. In

Non a caso Azcárate (come in seguito Posada) fu colui che consacrò definitivamente nei fatti il *topos* della artificialità della provincia al di fuori del pensiero regionalista. Artificialità, si badi bene, non tanto dovuta al suo carattere a-storico o anti-storico, quanto piuttosto al fatto che questa si sostituisce alla auto-amministrazione dei reali e vivi corpi sociali. Per questo Azcárate ritenne fosse necessario edificare una organica e coerente struttura territoriale che permettesse lo sviluppo dell'auto-governo all'interno della sovranità unica dell'organo Nazione ⁽³⁶⁾.

Chi pochi anni dopo sintetizzò ed in certa misura sistematizzò l'ideale krausista riguardo al problema autonomia e territorio alla luce del diritto pubblico comparato fu il già citato Adolfo Posada ⁽³⁷⁾. Il grande professore ovietense dedicò una moltitudine di opere al tema dell'organizzazione locale ed alla definizione del concetto di autonomia: proprio nel suo *Tratado de derecho administrativo* tentò di dare una chiara definizione dei termini in questione:

En mi concepto, en los sistemas políticos de Administración de los Estados contemporáneos, cabe distinguir el sistema centralizador y el sistema del

questo l'influenza della lezione di Ahrens e Thibirgen è patente. In realtà il tema del municipio come ente organico naturale e dotato di una sua originaria sovranità permette nuovamente di porre in evidenza il tema della più o meno volontaria ricezione della lezione krausista da un punto di vista interno alle tematiche che più interessano il presente lavoro.

⁽³⁶⁾ Nonostante ciò fu proprio Azcárate a dare un parziale riconoscimento all'autonomia della corporazione provinciale: in risposta al discorso della corona di apertura delle Cortes del 1907, disponibile in G. DE AZCÁRATE, *Municipalismo*, cit., pp. 261-280, dopo aver articolato una chiara difesa della necessità del riconoscimento di un regionalismo autonomico, Azcárate riconobbe come (p. 279): « que constituyendo esas 49 provincias una división artificial, por llevar ochenta años de existencia, han creado intereses, una cierta personalidad también, por virtud de las relaciones que se han determinado entre los miembros que las forman, y esa es otra cuestión a resolver; dificultades prácticas que demuestran, a la vez, cómo no pueden los unos ni los otros darla por resuelta dejando las provincias así y consagrar lo existente, ni suponer que de golpe se puede eso resolver en un día ». Un argomento che praticamente negli stessi termini fu ripreso durante il processo costituente della II repubblica da parte della *Comisión Jurídica Asesora* (CJA), nell'introduzione posta al suo *Anteproyecto*.

⁽³⁷⁾ Per un ottimo profilo bio-bibliografico su Posada (come peraltro su molti altri protagonisti della cultura giuridica spagnola): *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho*, http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos, 21/04/2014, 16:15.

Selfgovernment. Pero como consecuencia de la orientación seguida en el continente, merced á reacciones naturales contra la centralización, se ha producido también el sistema descentralizador, que difiere del sistema histórico de la autonomía ⁽³⁸⁾.

Qui, come in altre opere successive, emerge con chiarezza come per Posada gli strumenti concettuali necessari per costruire uno Stato, che avesse la sua ragion d'essere nell'autonomia, si muovessero fra il mondo anglosassone (nelle sue declinazioni britanniche ed americane) e quello germanico: *self-government* e *Selbstverwaltung* erano le coordinate polari a cui si sarebbe dovuta attenere la legislazione locale spagnola ⁽³⁹⁾.

Punto centrale di tutta quest'analisi è il municipio, l'organo per eccellenza in cui natura, società e diritto trovano in questa visione il loro momento d'equilibrio: opere come *El régimen municipal en la ciudad Moderna* o il prologo alla sua traduzione di Rowe sono emblematici al riguardo ⁽⁴⁰⁾. Per Posada, anzi, l'analisi della struttura municipale è in ultima istanza l'esame delle strutture stesse dello Stato:

Es, en rigor, el del municipio, el problema de un Estado: ya que el Municipio puede reclamar la condición de Estado, siendo legítimo hablar de Estado municipal ⁽⁴¹⁾.

Parole queste che potrebbero ricordare quelle che alcuni anni dopo trovarono spazio nel prologo che venne anteposto all'*Estatuto municipal* primoriverista:

El Municipio, en efecto, no es hijo del legislador; es un hecho social de convivencia, anterior al Estado, y anterior también, y además superior, a la

⁽³⁸⁾ A. POSADA, *Tratado de derecho administrativo: según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Madrid. Victoriano Suárez, 1897, v. I p. 248.

⁽³⁹⁾ O meglio le letture che si diedero sul continente di questi sistemi, come già ricordato da B. CLAVERO, *Happy Constitución - Cultura y lenguas constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 208-214.

⁽⁴⁰⁾ L. S. ROWE, *Problems of city government*, New York, Appleton, 1908; edizione spagnola: *El gobierno de la ciudad y sus problemas*, con prólogo di Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1914.

⁽⁴¹⁾ A. POSADA, *Escritos municipalistas y de la vida local*, Madrid, INAP, 1979, p. 301.

ley. Ésta ha de limitarse, por tanto, a reconocerlo y ampararlo en función adjetiva ⁽⁴²⁾.

In realtà dietro queste apparenti similitudini si nasconde una determinante differenza, essenzialmente sita nell'uso e nella funzione che il concetto di autonomia viene ad assumere: se difatti il *self-government* di Posada aveva come ultimo obbiettivo quello di rifondare il costituzionalismo spagnolo su un'idea di partecipazione plurale della società, facendo dell'autonomia il motore della sovranità, la linea di Calvo Sotelo, partendo da suggestioni di taglio decisamente conservatore, fa dello spazio autonomo dell'amministrazione locale la tomba di qualsiasi possibile autonomia politica territoriale.

Per meglio comprendere questo punto è necessario concentrarsi sull'*Estatuto provincial* del 1925, vero fulcro della costruzione territoriale primoriverista, che avrebbe dovuto trovare il suo definitivo coronamento nella costituzione che iniziò a elaborare la *Asamblea nacional* nel 1928. A tale scopo risulta essere oltremodo utile un libro pubblicato nel 1929 dal titolo *Régimen autonómico y financiero de las Diputaciones provinciales*, scritto da Basilio Martí y Ballesté, futuro commentatore della legge municipale repubblicana ⁽⁴³⁾. Un testo ufficiale, in cui vengono messe in risalto le possibilità di sviluppo del *provincianismo* a partire da una previa delimitazione di cosa si intendesse con autonomia:

la fijación científica de lo que es 'autonomía'; y lo que es 'autonomía' no puede saberse sin acercarse — aunque sea de modo somero — a lo que es su origen, es decir, a la *descentralización* ⁽⁴⁴⁾.

Cifra ideologica dell'opera è quella del conservatorismo organicista di Enrique Gil Robles e del suo *Tratado de derecho político*, al punto che diversi suoi brani sono trascritti e posti a giustificazione del concetto di autonomia, fondata su una indistinguibilità fra diritto politico e diritto amministrativo, che riduce il primo a una forma del

⁽⁴²⁾ *Exposición de los motivos de los estatutos municipales y provinciales*, a cura di A. Trevijano Fos, Madrid, IEAL, 1974, p. 26.

⁽⁴³⁾ B. MARTÍ BALLESTÉ, *Autonomía económica y financiera de las Diputaciones Provinciales*, Huesca, Editorial V. Campo y Comp., [1930].

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 3.

secondo ⁽⁴⁵⁾. A partire da ciò risulta come in realtà anche le distinzioni fra stati federali e stati decentrati risultino in ultima istanza artificiali e non più adatte alla contemporaneità. Riprendendo praticamente alla lettera quanto detto da Gil Robles, Martí infatti affermò come

Son escarceos y artificios doctrinales establecer que el Estado Nacional moderno pueda distinguir su integración por federaciones, regiones, provincias y municipios bajo el aspecto de « entes territoriales » que forman la unidad Nación y bajo el aspecto de la organización de los servicios generales y hasta a las propias « constituciones o cartas » concedidas a esas entidades territoriales ⁽⁴⁶⁾.

Una posizione, questa, che permetteva non solo di fare di qualsiasi forma di Stato composto una forma di Stato unitario, ma che anche dava la possibilità di considerare tutte le parti dell'organismo statale ugualmente dotate di autonomia, in quanto semplice articolazione del binomio libertà-sovrantà. Detto in altri termini, la forma dello Stato diveniva abbastanza indifferente, a patto che se ne conservasse l'unità politica.

Obbiettivo dunque di qualsiasi progetto volto a costruire uno Stato modernamente inteso sarebbe stato quello di trovare quel giusto punto di equilibrio nell'autonomia locale che lasciasse il campo dell'azione politica alla Nazione unitaria.

Proprio in questo la provincia rivelerebbe la sua funzione di istanza intermedia ideale per costruire un sistema di decentralizzazione organica, intesa come gestione di quegli interessi naturali che, superiori all'ambito comunale, appartengono alla sfera locale, senza che questo metta in discussione l'unità della sovranità, ma che anzi concorra a rafforzarla: l'ente provinciale si inseriva nello schema come momento capace di cementare l'ideale nazionale costruito dalla dittatura, disinnescando le potenzialità del regionalismo e dei

⁽⁴⁵⁾ E. GIL ROBLES, *Tratado de derecho político: según los principios de la filosofía y el derecho cristianos*, Madrid, Afrodísio Aguado, 1961-1963; F. A. ROJAS QUINTANAS, *Enrique Gil Robles: la respuesta de un pensador católico a la crisis del 98*, in « Hispania Sacra », CSIC, n. 53 (2001), pp. 213-228.

⁽⁴⁶⁾ B. MARTÍ Y BALLESTE, *Autonomía económica y financiera*, cit., p. 6.

nazionalismi periferici attraverso un'autonomia amministrativa politicamente depotenziata (47).

Che d'altronde l'ideale della *Nación unitaria* fosse la chiave di volta ed il nodo gordiano di tutto il sistema lo chiarì lo stesso Primo de Rivera nel suo primo discorso ai membri della commissione costituzionale della Asamblea Nacional nel 1927:

Repito, pues descentralización cuanto sea posible; pero nada de concentración de regiones, porque no se puede olvidar que España está compuesta, no de regiones diversas, sino de naciones. En la memoria de los habitantes de esas regiones está todavía viva su historia como nación independiente, que llegó hasta el siglo XV (48).

La messa in marcia del mai concluso processo costituente primoriverista non solo portò il *Directorio civil* alla sua fine, ma soprattutto riattivò ai più diversi livelli il dibattito di riforma costituzionale interrotto nel 1923, non riuscendo a canalizzare buona parte delle forze intellettuali del paese nell'alveo del suo progetto, specialmente per quanto riguardava il delicato nodo territoriale (49): non casualmente uno dei punti caratterizzanti del *pacto de San Sebastián*, accordo a metà strada fra la piattaforma programmatica ed il *gentlemen agreement* fra le diverse anime del riformismo e repubblicanesimo anti-primoriverista (per quanto con la significativa eccezione dei socialisti) fu il riconoscimento dell'autonomia regionale (50). Ancora una volta, però, che cosa si intendesse con autonomia era tutt'altro che univoco: giusto per portare due esempi significativi fra il Rovira i Virgili dell'« Autonomia offerta — non imposta — a tutte le regioni » e l'Ortega y Gasset della *Gran*

(47) Per un panorama della ideologia nazionalista primoriverista: Alejandro QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, *Haciendo españoles. La nacionalización de las masas en la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Madrid, CEPC, 2008.

(48) *Acta de Sesiones de la Sección Primera de la Asamblea Nacional*: sesión del 26 de octubre 1927, p. 5, Archivo Congreso Diputados (ACD), *Serie General*, leg. 667, exp. 1(1).

(49) E. GONZALEZ CALLEJA, *La España de Primo de Rivera*, Madrid, Alianza, 2005 pp. 129-153 e pp. 373-379.

(50) Sul *Pacto de San Sebastián*, molto completo: F. HERNANDEZ LAFUENTE, *Autonomía e integración*, cit., pp. 16-45.

Comarca vi erano differenze sostanziali ⁽⁵¹⁾. A ciò si aggiunga che tutto il processo costituente repubblicano dovette confrontarsi con un territorio che rimase tutt'altro che muto dinnanzi all'elaborazione della nuova carta: se difatti nota ed ampiamente commentata è la precoce mobilitazione che la *Generalitat* fece per elaborare una propria bozza di Statuto, con le corrispettive contromosse del governo di Madrid per riportare questi progetti sotto la sovranità unica delle *Cortes Constituyentes*, anche le provincie « de régimen común » fecero sentire la loro voce in merito ⁽⁵²⁾. Si tratta di un aspetto sin ora trascurato dalla storiografia e che merita in questa sede un maggiore spazio, specie alla luce della proiezione globale ma differenziata che volle assumere la costituzione del 1931 in materia territoriale: la Repubblica non doveva solo costruire i mezzi per l'autonomia regionale, quanto piuttosto superare i limiti ormai secolari della atrofia provinciale per costruire una vera struttura statale ⁽⁵³⁾. Proprio nel mese di settembre, momento culminante

⁽⁵¹⁾ Il testo virgolettato è la traduzione di un passaggio di: A. ROVIRA I VIRGILI, *Catalunya i la República*, Barcelona, NAGSA, 1931, p. 16. Su Ortega y Gasset e la questione territoriale: F. H. LLANO ALONSO: *Reforma territorial y política nacional desde la perspectiva teórica de José Ortega y Gasset*, in « Revista de estudios políticos », n. 131 (2006), pp. 113-140.

⁽⁵²⁾ M. GERPE LANDÍN, *L'Estatut d'Autonomia de Catalunya i l'Estat integral*, Barcelona, Edicions 62, 1977.

⁽⁵³⁾ Un tema, quello della provincia nel modello territoriale dell'*Estado Integral*, che sembra essere attualmente di interesse, come dimostra il recente contributo di C. ÁLVAREZ ALONSO, *Estructura estatal, administración territorial e ideología en tiempos de crisis. El caso de las diputaciones provinciales en España*, in « Quaderni Fiorentini », n. XLII (2013), pp. 323-374, in cui l'autrice a p. 324 sottolinea come il suo articolo « no surge de una visión oportunista sino de la consulta del expediente de 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 las Carta Magna de las etapas republicanas. Será solo 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 ». A tal proposito mi sembra sia giusto puntualizzare che ho avuto occasione di trattare con attenzione tale tema e di utilizzare tali fonti nella mia Tesi di dottorato dal titolo *Costituzione, provincia e territorio nella seconda repubblica spagnola: una prospettiva comparata* (dir. proff. Livio Antonielli e Fernando Martínez Pérez).

della discussione del titolo riguardante l'organizzazione territoriale, ebbe inizio in Madrid la riunione delle *Diputaciones provinciales*, o meglio delle commissioni gestrici incaricate dalla repubblica fra i suoi primi atti straordinari: un incontro ormai ricorrente, che aveva assunto una cadenza quasi annuale, che nel clima della costituente attirò l'attenzione della carta stampata generalista, quando solitamente solo le riviste specializzate, come ad esempio la *Gazeta de Administración local*, si occupavano del tema ⁽⁵⁴⁾. Fra le varie testate significativo al riguardo lo spazio che un giornale risolutamente repubblicano come *Crisol* dedicò all'evento, considerandolo « de gran trascendencia para las corporaciones provinciales » ⁽⁵⁵⁾.

Gli articoli diedero particolare spazio alle conclusioni raggiunte: una volta assodata la propria legittimità deliberativa sul tema, nonostante il carattere non elettivo delle Commissioni provvisorie, l'Assemblea delle *Diputaciones* si ritenne autorizzata ad essere parte attiva nelle scelte costituzionali che riguardassero la struttura territoriale della repubblica. Furono incontri tesi, al punto che molti dei rappresentanti arrivarono a proporre che la stessa Assemblea delle *Diputaciones* sottoponesse alle *Cortes* la soppressione dell'ente provinciale. Una opzione che alla fine non passò: dopo uno scontro frontale fra coloro che sostenevano la personalità, e dunque il diritto, all'autonomia della provincia e quelli che stigmatizzavano la

Condotta in regime di cotutela fra la Università di Messina e la Autónoma di Madrid, la Tesi fu oggetto di una prima presentazione preliminare nel novembre 2011 nella stessa UAM, all'interno del Seminario permanente « Nuevos Horizontes de la Historia del Derecho » del *Departamento de Derecho Social, privado y económico*, per poi essere letta a marzo 2012. Attualmente il testo è in corso di traduzione e pubblicazione da parte dell'Università Carlos III di Madrid, con il titolo *Provincia y Territorio en la Constituyente de la segunda República española: las raíces europeas de una controvertida institución*.

⁽⁵⁴⁾ *Gazeta de Administración local*, n. 10, ottobre 1931, pp. 599-603. È interessante notare come nella *Gazeta* si trovino diversi commenti, spesso anche piuttosto pesanti, sull'evolversi della Costituente nei temi dell'amministrazione e della gestione del territorio. Lo stesso numero di ottobre si aprì con un lungo e critico editoriale del direttore del periodico, Jose Maria Fábregas del Pilar, dal titolo « Los intelectuales, la administración local y la democracia ».

⁽⁵⁵⁾ *Crisol*, 11 di settembre 1931, p. 16. *Crisol* coprì tutto l'evento, dal 9 all'11 settembre, pubblicando le conclusioni il 12.

provincia come la *radix malorum* dell'amministrazione locale spagnola, si giunse ad una risoluzione comune:

Qué, asimismo, la Asamblea eleve a las Cortes, por mediación del Gobierno, la súplica de que, al legislar sobre la estructuración de los organismos locales, reconozca la personalidad autonómica de la provincia, de la región y la comarca, las cuales podrán mancomunarse o federarse, dentro las condiciones que las respectivas leyes orgánicas determinen ⁽⁵⁶⁾.

Quanto effettivamente le *Cortes* o la *Comisión de Constitución* abbiano preso in considerazione le risoluzioni non è facile a determinarsi. Due fatti però sembrano chiari: in primo luogo le provincie ed i suoi organismi dimostrarono di poter essere parte creativa ed attiva nel disegno di una repubblica democratica; ma soprattutto emerse con chiarezza come l'autonomia venisse progressivamente ad essere il principio che doveva dare forma e sostanza a qualsiasi istanza territoriale nella costituzione territoriale repubblicana. Un'autonomia che, al divenire strumento della sovranità popolare, possedeva sempre una dimensione tanto politica come amministrativa: per quanto dunque lo statuto regionale fosse il momento di più alta e cosciente affermazione dell'autonomia, nel disegno dell'*Estado Integral* il medesimo principio doveva sostenere l'intera rete territoriale, per poter realmente costruire su basi democratiche lo Stato.

Con l'inizio del momento costituente della seconda Repubblica, il dibattito sul delicato triangolo autonomia territorio sovranità si trovò a dover in qualche modo canalizzare questo pluridecennale dibattito, per trovare una condivisibile nozione di autonomia che desse concretezza alla differenti dimensioni politiche del territorio spagnolo, senza che tuttavia venisse meno la sovranità unica del potere costituente democratico riunito in *Cortes* ⁽⁵⁷⁾.

Quando dunque Luis Jiménez de Asua rivendicava nel suo discorso introduttivo al progetto della *Comisión de Constitución* il modello dell'*Estado Integral* come superamento dei limiti del centralismo e del federalismo sul modello della lezione prussiana e delle ultime prospettive di riforma territoriale della costituzione di

⁽⁵⁶⁾ *Crisol*, 12 settembre 1931, p. 12.

⁽⁵⁷⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Soberanía y autonomía en las Constituciones de 1931 y 1978*, in *Autonomía y soberanía*, a cura di A. Iglesia Ferreirós, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 113-131.

Weimar, non solo voleva per la repubblica un posto nel consesso delle più avanzate repubbliche democratiche, ma faceva suo l'ideale di una « auto-amministrazione potenziata » che Preuss cercò di porre a fondamento della prima costituzione democratica tedesca ⁽⁵⁸⁾.

Il modello di autonomia territoriale che venne prendendo forma nel processo costituente del 1931 non fu dunque il frutto di una riflessione improvvisata, quanto piuttosto il risultato di un ampio progetto di rinnovamento su nuove basi di un'idea di Stato che permettesse raggiungere la democrazia tanto nella sovranità nazionale come nell'autonomia dei differenti nazionalismi, appoggiandosi agli strumenti più all'avanguardia che il diritto pubblico aveva messo a disposizione fra le due guerre.

⁽⁵⁸⁾ G. DEMARCHI, *El Estado Integral y sus fuentes: una lectura comparada*, in *Actas IV Encuentro de Jóvenes investigadores en Historia Contemporánea*, Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad (in corso di stampa).

AGUSTÍN E. CASAGRANDE

AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN
EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ARGENTINO
(1860-1940). POR UNA HISTORIA POLÍTICA
DE LOS CONCEPTOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS

I. Estado-nación y categorías históricas: índice de un problema conceptual. — II. *Autonomía y centralización* en el lenguaje político y constitucional (1860-1900). — 1. Centralización y Constitución: las *Bases* de un problema (1852-1860). — 2. El lenguaje constitucional y el derecho administrativo (1868-1900). — 3. La aporía constitucional: autonomía y centralización más allá de los textos. — III. *Autarquía y descentralización* en el lenguaje Científico-Administrativo (1900-1940). — 1. La *cuestión social* y los nuevos saberes del derecho. — 2. El «Estado vivo»: Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración. — 3. De la política a la técnica: autonomía-centralización vs. autarquía-descentralización. — IV. Teoría y Estado-nación: derecho, historia y política.

I. *Estado-nación y categorías históricas: índice de un problema conceptual*

Entre los años de 1944 y 1945 Rafael Altamira publicaba, en el Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, unos parciales resultados de sus investigaciones sobre las fuentes de conocimiento del Derecho Indiano. Dicho trabajo actualizaba una conferencia que diera en el año de 1938 en Zúrich, presentada como «La décentralisation législative dans le régime colonial espagnol (XVI-XVIII siècles)». Más allá de su contenido, sería el título el que provocaría un cierto malestar en el autor, cuestión que haría explícita a los lectores del boletín portugués. En efecto, en la introducción a su estudio el jurista-historiador volvía sobre los conceptos de descentralización y autonomía con un peculiar reclamo:

En nuestra historia política contemporánea, la significación de esas palabras se ha venido afirmando, desde fines del siglo XIX y en los más recientes problemas nacionales del siglo actual, como netamente distinta. Tan cierto es esto, que con referencia a nuestros problemas regionales, hubo direcciones

políticas de importancia que se avinieron a consentir ciertas *descentralizaciones*, pero no *autonomías*; y por mucho que en teoría pueda ser difícil señalar donde acaban realmente aquellas y donde empiezan éstas, su diferencia fue mantenida en el juego de los partidos y en la conducta de los gobiernos, y adquirió una importancia esencial. Lo mismo podría decirse (pero más en la doctrina científica que en la realidad política) respecto de las palabras « autonomía » y « autarquía ». La Academia de la Lengua Española no ha querido todavía aceptar la segunda de esas voces no obstante su uso corriente en la literatura jurídica contemporánea española y extranjera ⁽¹⁾.

Sus palabras, leídas pasados más de sesenta años, llaman poderosamente la atención, no tanto por la estética de su narrativa sino más bien por los presupuestos epistemológicos de su contenido. En ese sentido, el reclamo a la Academia Española hace vislumbrar dos cuestiones centrales. Por un lado, exhibe la operatividad que hacia adentro de la reflexión ius-histórica adquirirían los conceptos de *autarquía* y *descentralización*, los que pasarían a dicho espacio textual bajo la condición de categorías analíticas. Por otro, y como consecuencia de dicho pasaje, se volvía evidente la penetración de un saber preeminentemente técnico-administrativo en el campo de los lenguajes políticos, lo cual estaba hacia mediados del siglo pasado, al menos para el concepto de *autarquía*, aún en proceso de cristalización. Dicha novedad, manifestada parcialmente por el desconocimiento de la *Academia*, supone una historicidad propia de las voces a las cuales apelaba el autor, habilitando a una indagación histórica de aquellos procesos sociales sintetizados en conceptos ⁽²⁾ que, luego, se convertirían en categorías ius-historiográficas ⁽³⁾.

Con dicha precisión histórica-conceptual puede volverse al problema categorial que planteaba Altamira para analizar la teoría y el presupuesto historiográfico que se escondía tras dicho modelo analítico. En su estudio aparecía como clave la voz *descentralización*, que se encontraba en el título del trabajo y que más adelante sería definida como la potestad de « transferir a diversas corporaciones u

(1) R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español (siglos XVI a XVIII)*. Estudio preliminar de María Rosa Pugliese, Buenos Aires, ed. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2011, p. 68.

(2) R. KOSELLECK, *Futuro pasado*. Para una semántica de los tiempos históricos, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 105-126.

(3) A.M. HESPANHA, *Categorías*. Uma reflexão sobre a prática de clasificar, in « Análise Social », XXXVIII, 2003, 168, pp. 823-840.

oficios *parte de la autoridad* que antes ejercía el gobierno supremo del Estado » (4). Como puede advertirse, en su enunciación presentaba al Estado como una totalidad preexistente a toda entidad, incluidas las regiones, municipios y provincias — de otra forma no operaría una transferencia. Es que la descentralización sólo estaba habilitada luego de acontecido un proceso inverso — centralización —, que por su carácter traumático, había sido naturalizado, imponiendo una mirada *reificadora* del Estado-nación como ámbito lógico de imputación de la soberanía en todo tiempo y lugar (5).

La fuerte carga ideológica que supone el recurso a los conceptos de descentralización y de autarquía, despierta una inquietud por el conocimiento de su temporalización, la cual sintetiza la relación entre decurso histórico y emergencia conceptual. A partir de ello, y dada la particularidad que asumieran los procesos de construcción estatales en las diversas regiones del mundo occidental, algunas de las cuales han sido claves para el análisis de la nada pacífica acción centralizadora (6), en este trabajo se tomará como marco de observación la particular experiencia vivida la Argentina entre los años de 1860 y 1940, observando la mutación conceptual que permitiría la legitimación de las nuevas estructuras del Estado central.

Dicho recorte temporal es impuesto por un consenso historiográfico proveniente tanto de la historia social como política (7), los cuales han descripto hondamente los despliegues institucionales que el Estado-nación, hasta ese entonces inexistente, realizaría en el territorio que conformaría la Argentina. A su vez, desde la historia

(4) ALTAMIRA Y CREVEA, *Autonomía*, cit., p. 69.

(5) Sobre el carácter traumático del solapamiento conceptual ver: E. PALTÍ, *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, ed. Siglo XXI, 2007, p. 161.

(6) Referencia obligada constituye el trabajo de S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia, I. La formazione del sistema (1661-1815)*, Milano, Giuffrè, 1994; ID., *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia. II. Dalla contestazione al consolidamento*, Milano, Giuffrè, 1996.

(7) J.C. GARAVAGLIA, *Construir el estado, inventar la nación. El Río de la Plata, siglos XVIII-XIX*, Buenos Aires, ed. Prometeo, 2007; O. OSZLAK, *La formación del Estado argentino. Orden, progreso y organización nacional*, Buenos Aires, ed. Ariel, 2012; D. ROCK, *La construcción del Estado y los movimientos políticos en la Argentina, 1860-1916*, Buenos Aires, ed. Prometeo, 2006.

del derecho se puede utilizar dicho zócalo de saber historiográfico para acompañar y comprender la dialéctica estatal en relación con la reforma de los saberes sobre el derecho constitucional-administrativo de las Universidades argentinas, viendo a estas últimas como lugar de exposición y uso de nuevos conceptos que el Estado requeriría para afirmarse. Como consecuencia de ello, metodológicamente, aquí se tomará como punto de partida e indicador la reordenación semántica de los conceptos de autonomía, centralización, descentralización y autarquía, operada en el campo del derecho administrativo, en relación con el proceso de legitimación del Estado-nación. Es así cómo, desde las categorías teóricas que dicha disciplina desarrollaría, se pueden analizar paralelamente los acontecimientos, volviendo al derecho escrito en dicho período un índice, pero que, a su vez, tendría impacto en las instituciones académicas y políticas que aseguraron el proceso de construcción estatal (8).

II. Autonomía y centralización *en el lenguaje político y constitucional (1860-1900)*

El año de 1860 es especial para comenzar una historia que exhiba el proceso de construcción del Estado-nación cuya consolidación se exhibiría a partir de las primeras décadas del 1900. En términos constitucionales, esa fecha es altamente productiva, porque marcaría la incorporación de la secesionista Buenos Aires al proyecto constitucional que hacia 1853 había conformado una Confederación y de la cual dicho estado provincial, con su propia constitución — sancionada en 1854 —, había permanecido alejada.

Asimismo, es un período que exhibe el uso constante en los textos académicos — constitucionales y administrativos — de la voz *centralización* a la que se opondría la *autonomía local*. La primera de ellas actuaría como una herramienta jurídica para conformar el Estado central, evidenciando el rol fundamental que dicha palabra,

(8) En este punto, tal como advertía Koselleck, «un concepto no es sólo indicador de los contextos que engloba, también es un factor suyo. Con cada concepto se establecen determinados horizontes, pero también límites para la experiencia posible y para la teoría concebible», KOSELLECK, *Futuro*, cit., p. 118.

vuelta concepto por su anclaje histórico, poseería en los proyectos intelectuales que bregaron por un diseño constitucional presidencialista. Mientras que la *autonomía* sería actuada como una resistencia local — provincial —, principalmente de parte de Buenos Aires, a la construcción de dicho poder central. Ahora bien, para dar cuenta de la densidad que cargaban los conceptos en dicho tiempo debe retrotraerse la mirada hacia algunas décadas previas para hallar la génesis y observar la lógica que fungiría como límite de lo decible y pensable ⁽⁹⁾ en el debate administrativo que recorrería el período señalado.

1. *Centralización y Constitución: las Bases de un problema (1852-1860).*

La consecuencia inmediata de los procesos independentistas transatlánticos sería la actualización del problema de la soberanía. Precisamente, la formulación de un nuevo orden bajo el esquema de una soberanía residente en los pueblos, la nación o el pueblo daría lugar a múltiples disputas particulares de cada espacio americano ⁽¹⁰⁾. En el caso de las provincias unidas del Río de la Plata, la soberanía se vincularía con el proceso de territorialización en relación con el poder local, donde se vería como problemática principal tanto a la *autonomía* como a la *centralización*. Esta cuestión, que adquiriría un fuerte potencial de conflicto político entre diversas facciones, había para 1852 recorrido más de 40 años de proyectos constitucionales que terminaban, irremediabilmente, en fracasos. De dicha experiencia, no obstante, resultarían dos conceptos claves que representarían posiciones antagónicas y que marcarían el punto de partida para el proyecto constitucional de 1853: unitarismo y federalismo.

Si bien dichas voces condensaban mucho más que una volun-

⁽⁹⁾ M. ANGENOT, *El discurso social. Los límites históricos de lo pensable y lo decible*, Buenos Aires, ed. siglo XXI, 2010, p. 38.

⁽¹⁰⁾ N. GOLDMAN y M. TERNAVASIO, *Construir la república. Semántica y dilemas de la soberanía popular en Argentina durante el siglo XIX*, in « Revista de sociología e política », XX, 2012, 42, p. 14.

tad puramente federativa o centralista ⁽¹¹⁾, a los fines de este ensayo pueden caracterizarse, apelando a extremos típico-ideales, de la siguiente manera: por una parte, los llamados «unitarios», representaban la voluntad de unificar el espacio y la soberanía — considerada «una e indivisible» — bajo la preeminencia de Buenos Aires — antigua capital virreinal — por sobre el resto de los pueblos rioplatenses, lo cual implicaba una tendencia centralizadora. Por otra, su par opuesto, estaría personificado por otra propensión que, no obstante ser más autonómica y confederativa, utilizaría la fórmula «federal» ⁽¹²⁾, presentando como núcleo común a sus partidarios, la equiparación de todas las ciudades en cuanto al ejercicio del poder, rompiendo así con la presión centrípeta de los unitarios ⁽¹³⁾. Esa experiencia que era dinamizadora de acuerdos parciales y guerras internas sería determinante para la lectura y propuesta del modelo constitucional a seguir.

En ese sentido, Juan B. Alberdi, uno de los proyectores de la Constitución de 1853, planteaba, en un intento conciliador, que dichos conceptos no eran *per se* contradictorios. Así, entre los argumentos expuestos en las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* señalaba que de la misma manera que una fuerza centrífuga mostraba rasgos provenientes del «germen de libertad y de independencia locales depositado en las costumbres de los pueblos españoles por las antiguas instituciones de libertad municipal» ⁽¹⁴⁾; también existía una unidad común dada por la organización virreinal que exhibía esa otra

⁽¹¹⁾ J. GELMAN, *Unitarios y federales. Control político y construcción de identidades en el primer gobierno de Rosas*, in «Anuario IEHS», 19, Tandil, 2004; E. BARBA, *Unitarismo, federalismo, rosismo*, Buenos Aires, 1972.

⁽¹²⁾ J. C. CHIARAMONTE, *Ciudades, provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*, Buenos Aires, Ariel, 1997, p. 140.

⁽¹³⁾ N. SOUTO, *Unidad/Federación*, in *Lenguaje y revolución. Conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780-1850*, a cura di N. Goldman, Buenos Aires, Prometeo, 2008, pp. 175-193.

⁽¹⁴⁾ J. B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, in *Organización de la Confederación Argentina*, T. I, Besazón, 1858, p. 78.

potencia centrípeta del Virreinato, la Intendencia y la Gobernación (15).

La apelación a la historia era clave y ella permitía, también, juzgar las peripecias vividas en los últimos 40 años previos a su escritura. El autor de las *Bases* remarcaba, en una línea hermenéutica cargada de un potente historicismo (16), que los anteriores intentos de sanción constitucional habían experimentado la pulsión absoluta de tan sólo una de dichas fuerzas, condenándolos a la frustración. Por un lado, el unitarismo que se había manifestado en la asamblea constitucional de 1824-1827, con fuerte sesgo centralista, miraba a Francia desconociendo las razones históricas de libertad comunal, hallando allí la fuerte resistencia que culminaría en el rechazo al proyecto y la consiguiente secesión (17). Por su parte, la otra opción había radicalizado un disenso constante que llevaba a una actuación pactista entre espacios siempre independientes entre sí, sin posibilidad de una unión superadora. De esta forma, para Alberdi, las causas de las ruinas constitucionales se debían, en gran parte, a la imposibilidad de pensar en clave histórica y física el territorio — ambas condensadas en unas costumbres de los pueblos que había que analizar para luego modificar (18). La lógica imponía, entonces, que en adelante los proyectos constitucionales debían estar a la mira de la centralización o descentralización — como contraparte conceptual tendiente al autonomismo — como caracteres que debían ser reconocidos más que teorizados, y armonizados más que impuestos, por el legislador constitucional.

Sin embargo, para ese legislador ideal no todo era una observación de tipo histórico-territorial. La armonización supondría también una fuerte razón política proyectiva que marcaba el problema

(15) Ivi, p. 79.

(16) Clara consecuencia de la declarada lectura febril de Savigny mediado por Lerminier, que ya se declaraba en el prefacio del « Fragmento preliminar al Estudio del Derecho » de 1837. Sobre dicho aspecto ver E. ZIMMERMANN, *The education of Lawyers and Judges in Argentina's Organización Nacional*, in *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, a cura di E. Zimmerman, London, Institute of Latin America Studies, 1999, p. 113.

(17) ALBERDI, *Bases*, cit., p. 75.

(18) O. TERÁN, *Escritos de Juan Bautista Alberdi. El redactor de la Ley*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 1996, pp. 22-25.

de la forma de organización del poder en el futuro ⁽¹⁹⁾. Ello se veía reflejado en una apretada síntesis donde el autor señalaba:

De las tres *formas* esenciales de gobierno que reconoce la ciencia, el *monárquico*, el *aristocrático* y el *republicano*, este último ha sido proclamado por la revolución americana como el gobierno de estos países. No hay, pues, lugar a cuestión sobre forma de gobierno. [...] La *federación* ó *unidad*, es decir, la mayor o menor centralización del gobierno general, son un accidente, un accesorio subalterno de la forma de gobierno. Este accesorio, sin embargo, ha dominado toda la cuestión constitucional de la República Argentina hasta aquí ⁽²⁰⁾.

A las condiciones históricas y físico-sociales se unía un nuevo vector. La entrada en escena de la forma de gobierno reenviaría el tema de la centralización o autonomía a la clave política que estructuraría el futuro de la república posible. El interés del proyecto de Alberdi se centraría en establecer una figura presidencial fuerte que centralizara la dispersión provincial creando una nación a la vez que reforzara las instituciones. Este principio presidencialista, no obstante, parecía entrar en contradicción con el republicanismo soñado, ya que el mismo limitaba peligrosamente con un modelo monárquico que despertaba el temor al despotismo. Para ello, se daría un uso novedoso al concepto de republicanismo que, como lo señala Natalio Botana, por un lado, « más que un equilibrio entre poderes institucionales, [...] expresaba un equilibrio histórico en procura de la unidad política » ⁽²¹⁾; y por otro lado, reposaría en la democracia de hombres virtuosos como principio representativo — donde la virtud luego se tornaría una restricción — y no en el carácter hereditario del cargo ⁽²²⁾.

El primer tópico se presentaría vinculado a la centralidad-

⁽¹⁹⁾ Desde el plano intelectual Alberdi se mostraba muy conforme con la lectura de Pellegrino Rossi, quién miraba favorablemente la razón centralizadora. No obstante lo cual desde el plano práctico, el desengaño que el año 48' había llevado a los que miraban Francia alentadoramente, se volcarían rápidamente hacia el orden norteamericano y por el modelo chileno.

⁽²⁰⁾ ALBERDI, *Bases*, cit., p. 74.

⁽²¹⁾ N. BOTANA, *La tradición republicana. Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*, Buenos Aires, Edhasa, 2013 [1983], p. 292.

⁽²²⁾ N. BOTANA, *El orden conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*, Buenos Aires, Edhasa, 2012 [1971], pp. 46-49.

autonomía, y allí las estructuras conceptuales recurrirían a una dinámica temporal que permitía unificar la carga histórica y la esperanza de futuro. Mirando hacia el pasado decía Alberdi que « las cosas felizmente nos traen hoy al verdadero término, al término medio, que representa la paz entre la provincia y la nación, entre la parte y el todo, entre el localismo y la idea de una República Argentina » (23). La historia y el carácter físico del territorio evidenciaban la necesidad de un *término medio* que, como un « espacio de experiencia » debía guiar la aún inexistente República Argentina, pensada tan sólo como un « horizonte de expectativa », cifrado en el uso, no casual, de la voz *idea* (24).

La organización política venía a ser un molde de futuro en el cual debía volcarse negocialmente ese pasado que tantos problemas había presentado. La figura centralista, entonces, se justificaba apelando al pasado y al futuro en una doble acción. Por un lado, como reconocimiento de, al menos, una porción de carácter unitario que había recorrido la historia rioplatense pero también como efecto tendencial hacia una armonía que — superando ese mismo pasado — veía a la nación como destino. Destino que al presentar al presidencialismo centralista como resultado de un acuerdo — sistema mixto: unitario-federal — volvía superflua la disputa que había marcado los 40 años de historia previa a la constitución.

No obstante lo expuesto, el paso del tiempo que veía al pasado como germen, despertaría hacia el futuro la necesidad de una defensa frente al peligro de caer en un despotismo inherente al ejercicio de una magistratura unipersonal con fuerte tendencia centralista. Allí, la Constitución jugaría un rol fundamental. En el armado constitucional la figura presidencial no dependería de la capacidad de gobierno del sujeto sino de su rol institucional, siendo por su elegibilidad y sus atribuciones legales, limitado por el texto magno (25). Cerraba así una lógica de reconocimiento histórico y un cifrado institucional proyectivo que, frente al despotismo, colocaba el respeto y la sujeción a la Constitución y sus instituciones.

(23) ALBERDI, *Bases*, cit., p. 84.

(24) KOSELLECK, *Futuro*, cit., pp. 333-357.

(25) BOTANA, *El orden conservador*, cit., p. 44.

En esta instancia, y frente a los dispositivos de defensa que merecía la figura presidencial, cabe preguntarse, ¿Por qué, incluso frente al riesgo del despotismo, era necesaria una centralización bajo cabeza de un presidente? La idea de progreso era una respuesta inmediata, ya que, tal como lo señalaba Alberdi, se estaba en presencia de un nuevo interés constitucional, que dejando de lado al primer constitucionalismo que reclamaba libertades, buscaba una formación estatal para el crecimiento *económico* ⁽²⁶⁾. La nación necesitaba desarrollarse e integrarse para crecer y el orden institucional era preeminente en este pensamiento. Sin él no habría desarrollo y a esto debía apuntar la nueva Constitución. Consiguientemente, la Constitución era mucho más que un simple texto organizador de las instituciones, era un instrumento del desarrollo económico.

Este esquema poseería dos efectos principales. En primer término, el discurso político-constitucional presentaría a la organización del poder administrador como un epifenómeno del principal debate por las formas de gobierno, lo cual encorsetaba el debate en términos eminentemente políticos. En segundo lugar, y como consecuencia de la preeminencia política, la Constitución no sería suficiente para construir el Estado nacional, con lo cual, muchos disensos en torno a la autonomía provincial — sobre todo por parte de Buenos Aires — continuarían, dentro y fuera de los debates académicos del derecho administrativo y constitucional, marcando la pauta durante el período. Ambas cuestiones permiten ingresar, ahora sí, en la dinámica del saber-poder político-administrativo para luego observar los límites y desbordes políticos.

2. *El lenguaje constitucional y el derecho administrativo (1868-1900).*

Los postulados del proyecto alberdiano cobrarían sustancia performativa en el texto constitucional de 1853. En medio de una política continuada por la guerra — Cepeda en 1859 y Pavón en

⁽²⁶⁾ Al hablar de los fines de la constitución argentina comparándolos con los de la revolución decía: « los fines políticos eran los grandes fines de aquel tiempo; hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos », ALBERDI, *Bases*, cit., p. 66.

1861 —, Buenos Aires revisó dicho texto y, luego de algunas modificaciones, había adherido a la Constitución. A través de un triunfo en la última de las citadas batallas, la antigua capital virreinal conquistaba la preeminencia por sobre el resto de las provincias. En ese contexto político, los lenguajes constitucionales y las lógicas inmersas en los textos de Alberdi, Sarmiento y los constituyentes no dejaban de resonar en los oídos de los juristas quienes buscarían una ampliación del debate político en los ámbitos de enseñanza jurídica; preocupación ésta, que actuaría como motivación para el estudio del derecho público en la Universidad de Buenos Aires.

Una breve reseña de los cambios producidos en los planes de estudio de dicha institución da pie para la evaluación del contexto de producción de toda una bibliografía de esa novedad que era el derecho administrativo. Siguiendo a Zimmermann, el período post-rosista que se inaugura con la Constitución daría lugar a una mutación de los sistemas de formación de abogados. A partir de 1861, con el arribo de Juan María Gutiérrez, se dejaría atrás el sistema de enseñanza fundado en la doble cátedra de Derecho Natural y de Gentes, por un lado, y Derecho Civil por otro, incorporando nuevas materias, mediante las cuales se pretendía modernizar dicho formato, incluyendo entre ellas la primera cátedra de Derecho Constitucional en el año de 1868 ⁽²⁷⁾. Esta introducción se entiende en una reforma global que incluiría también el no menos significativo cambio del nombre de la institución, la que hacia el año 1874, dejaría de llamarse Departamento de Jurisprudencia para convertirse en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ahora bien, como advierte Buchbinder la introducción de estas materias no rompería con un esquema pensado para la formación de profesionales liberales con poca inserción en el campo administrativo, volviendo el tema constitucional una novedad donde principalmente participarían aquellos volcados a la política ⁽²⁸⁾.

En cuanto al derecho administrativo, tal como precisó Díaz

⁽²⁷⁾ ZIMMERMAN, *The education*, cit., p. 113.

⁽²⁸⁾ P. BUCHBINDER, *Formación de sectores dirigentes y controversias políticas en el ámbito universitario: el caso de las facultades de derecho, 1890-1912*, in «Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana 'Dr. Emilio Ravignani'», 37 (2012), pp. 118-119.

Couselo en su estudio pionero sobre la materia, en el año de 1868 se creó la « Cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo » la cual estaría unificada hasta 1875, cuando fuera dividida a los efectos de la enseñanza bajo la titularidad de un solo profesor, quien debía impartir Derecho Constitución en cuarto año y Derecho Administrativo en quinto. Esta estructura de enseñanza permanecería durante el siglo XIX y principios del XX lo cual demoraba la adquisición de una autonomía didáctica, la cual se debía, en parte, a las « invasiones del derecho constitucional » que la materia recibiría ⁽²⁹⁾.

Esa *invasión* no tenía nada de extraña desde los presupuestos teóricos desde los cuales se partía. Entre las pocas obras que se contaban de la materia surgía el nombre de Colmeiro — tratadista español — pero el carácter de « derecho administrativo argentino » dependía de la lectura, principalmente, de los textos de Alberdi. Ello así, ya que el jurista tucumano había colocado en las *Bases*, a este derecho como uno de segundo orden subordinado a la lectura constitucional: « Los artículos de la constitución, decía Rossi, son como cabezas de capítulos del derecho administrativo » ⁽³⁰⁾.

La tratadística utilizada en la Universidad de Buenos Aires exhibiría dicha lógica, y a la hora de pensar la organización administrativa no se separaría de los principios constitucionales. El primer texto de la especialidad, titulado *Derecho Administrativo General y Argentino*, escrito por Ramón Ferreira en 1866, trataba el problema de la centralización en el apartado correspondiente a la « forma de Gobierno ». Con clara dependencia historicista la disquisición reproducía el sistema alberdiano destacando que « La constitución de la República Argentina tiene un carácter mixto federal-unitario; y es el resultado de la experiencia de más de 40 años, y de otros ensayos que ha hecho de constituciones » ⁽³¹⁾. En ese marco, advertía que « la forma republicana puede ser *unitaria* o

⁽²⁹⁾ J. M. DÍAZ COUSELO, *Panorama histórico del Derecho Administrativo argentino (1866-1950)*, in « Revista del Instituto de Historia del Derecho », 25 (1979), pp. 172 y 175.

⁽³⁰⁾ ALBERDI, *Bases*, cit., p. 73.

⁽³¹⁾ R. FERREIRA, *Derecho administrativo general y argentino*, Buenos Aires, Imprenta P.E.Coni, 1866, p. 9 (se actualizó la ortografía).

federal y aún mixta. La primera es cuando todo el ejercicio de los poderes políticos se centraliza y reside en un punto y en unas mismas autoridades [...] En la segunda se reservan una parte de la soberanía para gobernarse con independencia » (32). Este último concepto reenviaba — sin mencionarlo — a la autonomía, que se hallaba entroncada en el carácter federal.

Bajo dicho paraguas teórico abordaba el problema de la centralización diciendo que « la centralidad es otra condición inherente a la buena administración; porque es indispensable en algún grado, aunque su aplicación esté sujeta a modificaciones muy variadas; hablamos en general sin describir su radio, reconociendo su necesidad y utilidad, y siempre que no toque los extremos; porque la demasiada centralización puede convertirse en instrumento de despotismo y tiranía, como la demasiada falta en anarquía » (33). El discurso tópico político-constitucional que relacionaba centralización con despotismo y su ausencia con la anarquía (34), exhibía a las claras un límite de lo decible en el contexto de producción de dicha obra. Incluso leyendo a Tocqueville, y reconociendo la diferencia entre una centralización gubernativa y otra administrativa, Ferreira decía: « pero no admitimos la abstracción absoluta de ambas, ni que puedan obrar en una esfera independiente » (35). El gobierno y la política permanecían atados a esas estructuras históricas y físicas de cada una de las naciones. Como consecuencia existía un límite político a la recepción de la literatura extranjera, que era considerada un ejemplo de la alteridad y su aplicabilidad devenía imposible en las tierras argentinas.

En el mismo registro tópico las conferencias dictadas en la cátedra de derecho constitucional y administrativo, por José Manuel Estrada en los años de 1877, 1878 y 1880, tomarían la forma de un *Curso de derecho constitucional, federal y administrativo* (1895). En

(32) FERREIRA, *Derecho administrativo*, cit., p. 5.

(33) Ivi, p. 16.

(34) Al menos así lo expresaba Alberdi en un trabajo de 1862 llamado « *De la anarquía y de sus dos causas principales del gobierno y sus dos elementos necesarios en la República Argentina, con motivo de su reorganización por Buenos Aires* », en TERÁN, Alberdi, cit., pp. 183-228.

(35) FERREIRA, *Derecho administrativo*, cit., p. 17.

las lecciones, quien adhiriera a la Constitución Nacional de 1860 y fuera diputado por Buenos Aires entre 1873 y 1876, examinaba la centralización a partir de una pregunta: « ¿El gobierno federal obedece a un principio que puede levantarse a la categoría de doctrina política, o es una combinación que no puede salir, por su propia naturaleza, de la región movедiza y cambiabile de los hechos? ⁽³⁶⁾ » Tras dicha cuestión reaparecía una contemplación más grata hacia la historia que hacia la teoría política, que si bien no estaba ausente en la obra, era tan sólo una referencia para mostrar el carácter particular de la Argentina.

En efecto, una larga respuesta fundaba la preeminencia centralista en clave histórica al decir que:

No obstante la diversidad de corrientes de inmigración que habían poblado las provincias que constituyen hoy la república Argentina; no obstante la independencia relativa en que se encontraban en los primeros tiempos de la colonia, mediaban causas — la conformación del territorio, la unidad de la legislación, la comunidad de intereses, la constitución industrial y mercantil del país — que hacían de ellas una verdadera unidad social. La fundación del virreinato a fines del siglo pasado, transformó esa unidad social en una unidad administrativa ⁽³⁷⁾.

Esa *unidad social*, que transportaba hacia la colonia la expresión de una mítica nacionalidad preexistente serviría de sustento para criticar a las autonomías provinciales ⁽³⁸⁾. Así, decía Estrada en sus clases de la Universidad, « en consecuencia, el derecho público provincial argentino ha nacido de las variantes impresas por las revoluciones al Estado nacional en cuyo nombre fueron destronados los virreyes españoles en 1810 » ⁽³⁹⁾. Llevando a la conclusión, en base a la siempre existente estatalidad nacional, que « la República Argentina no es una Nación compuesta de Estados; es un Estado dividido en provincias » ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ J. M. ESTRADA, *Curso de derecho constitucional, federal y administrativo*, Buenos Aires, Compañía Sud Americana, 1895, p. 289.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 291.

⁽³⁸⁾ Sobre la deconstrucción de dicho imaginario nacional ver: J. C. CHIARAMONTE, *Formas de identidad en el Río de la Plata luego de 1810*, in « *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana 'Dr. E. Ravignani'* », 1, 1989, pp. 71-92.

⁽³⁹⁾ ESTRADA, *Curso*, p. 293.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

¿De qué servía todo este arsenal histórico que en su texto iría acompasado con la hermenéutica del texto constitucional? Las palabras de Estrada eran terminantes en ese sentido: « Todo conflicto entre autoridades nacionales y autoridades provinciales [...] en las federaciones del tipo de la República Argentina debe resolverse, [...] en ventaja de la Nación. Esta es nuestra ley tradicional, y la única sólida esperanza de un porvenir venturoso para la Nación, y de una existencia robusta para sus instituciones »⁽⁴¹⁾.

Cerraría el complejo siglo XIX la aparición del libro *Derecho Administrativo Argentino*, que si bien fuera publicado en 1902, recogía el último curso que dictara Lucio V. López en la Universidad de Buenos Aires durante el año de 1894. Dicho trabajo resulta fundamental para este estudio, dado que si bien partía de las mismas premisas históricas que hacían a la interpretación del fenómeno de la centralización en el ámbito local, su lectura — por cierto muy erudita del pasado — determinaba una defensa de la autonomía local por sobre la figura centralizada del presidente. Desde el plano metodológico compartía el objeto y método analítico de los autores ya revistados. Así, definía la materia administrativa, amén de incorporar algunos guiños que referenciaban a la teoría de los servicios públicos, como « el desarrollo y la aplicación de los principios del Derecho Constitucional »⁽⁴²⁾. Por otra parte, imponía como método la apelación a la historia, claramente determinado por el capítulo segundo donde desarrollaba la experiencia del espacio local desde una dimensión cultural, institucional y jurídica, apoyando la exégesis constitucional en torno al reconocimiento del pasado. Sin embargo, a diferencia de Estrada que volcaba la balanza del modelo *mixto* hacia la preeminencia de las instituciones del Estado-nacional, López mostraba la importancia de la autonomía local.

Yendo a España para revelar la transferencia de sus instituciones políticas al espacio americano, decía López, « la autonomía local de los distritos, el gobierno de propios como se llamó el gobierno vecinal, fue la cuna de las libertades castellanas y arago-

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 302.

⁽⁴²⁾ L.V. LÓPEZ, *Derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Imprenta de « La Nación », 1902, p. 16.

neas » (43); esta cuestión se volcaría a la hora de pensar los límites territoriales en la exégesis constitucional planteando que « la naturaleza autonómica de los Estados que componen la Nación, ha dado a cada uno de ellos sus límites propios. Algunos han concluido sus cuestiones de límites, tales como Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba y esta provincia con la de San Luis » (44). Como consecuencia decía que « en nuestro orden federal, las cuestiones relativas a la división territorial y administrativa corresponden más a los gobiernos locales que al gobierno general » (45). De esta manera, el poder sobre el territorio y la autonomía local se reencontrarían en un fragmento que expresaba la primacía autonómica:

Los autores discuten teóricamente las reglas que deben adoptarse para una buena división territorial. En un estado esencialmente unitario, gobernado bajo un régimen centralista como la Francia, esa regla se comprende; su aplicación es necesaria, la uniformidad de la división territorial es el gobierno mismo del país. En un país como el nuestro la regla de la uniformidad no puede aplicarse ni desarrollarse sino dentro del territorio de cada estado. [...] *La división territorial de los Estados depende directamente de su historia.* [...] Dejemos, pues, que los gobiernos locales hagan esfuerzos dentro de su propio territorio por uniformar sus divisiones territoriales, sin perjuicio de que el gobierno central propenda, sin alterar los límites, a uniformar las divisiones simplemente administrativas que son necesarias para los servicios nacionales (46).

La historia le permitía atacar la pretensión centralizadora y bajo la excusa de la división territorial se buscaba limitar al gobierno nacional, entrando en franca disputa con las razones expuestas por Estrada. Es que la hermenéutica histórica de un proceso que partía desde la transacción política alberdiana, configurada en una mixtura unitaria-federal, daba lugar a cualquiera de las dos conclusiones: centralización o autonomismo. La clave hermenéutica del constitucionalismo operaba por la vía política y caracterizando a la autonomía como un capital puesto en disputa no dejaba escapar al debate de la fórmula misma que lo habilitaba. El pasado político seguiría vigente en la discusión con lo cual sólo desde un exterior a ese

(43) Ivi, p. 40.

(44) Ivi, p. 76.

(45) Ivi, p. 77.

(46) Ivi, p. 78.

zócalo teórico podía resolverse la cuestión que interesaba tanto a Alberdi y a los teóricos de la segunda mitad del siglo XIX.

3. *La aporía constitucional: autonomía y centralización más allá de los textos.*

El debate entre José Manuel Estrada y Lucio V. López exhibía a las claras el rostro bifronte inserto en la hermenéutica constitucional-administrativa. En pocos años la Facultad de Derecho encontraba tendencias y teorías opuestas sobre un pasado vivo en la experiencia política de los teóricos. Es así, que más allá de los textos serían la acción gubernamental, el ejercicio de la fuerza y los acuerdos políticos los que terminarían zanjando una querrela aporética.

Desde el tópico del uso de la fuerza, vale recordar que la razón centralizadora, necesaria para la construcción de un Estado, había partido las posiciones entre dos partidos, el Nacional y el Autonomista, cuyos nombres exhibían a las claras las tendencias que dividían a las élites. Resurgido del debate en el año de 1862 sobre la federalización de la Ciudad de Buenos Aires y la renta aduanera, durante veinte años dicha reyerta habría tomado un cariz eleccionario e intelectual ⁽⁴⁷⁾. El desenlace estaría dado una vez más por la acción militar. La excusa sería la rebelión del gobernador de Buenos Aires, quién se levantaría contra el futuro presidente Roca luego de perdida una elección presidencial. El sofocamiento de esa rebelión por la vía militar zanjaría la cuestión mediante el acto no sólo simbólico de la federalización de la capital por parte del gobierno nacional en 1880 ⁽⁴⁸⁾. Así, la federalización operaría como caso

⁽⁴⁷⁾ Desde el plano intelectual ello se veía expresado en el debate entre Sarmiento con los *Comentarios a la Constitución de la Confederación argentina (1853)* y Alberdi con sus *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*. En la práctica política y la movilización resulta referencia obligada el estudio de H. SÁBATO, *La política en las calles. Entre el voto y la movilización. Buenos Aires, 1862-1880*, Bernal, Ed. Unqui, 2004; ver, asimismo, ROCK, *La construcción*, cit., p. 134 y ss.

⁽⁴⁸⁾ E. MÍGUEZ, *La provincia de Buenos Aires entre 1880-1943*, in *Historia de la Provincia de Buenos Aires*. T. IV, a cura di J.M. Palacio, Buenos Aires, Edhasa-Unipe, 2013, pp. 15-26.

testigo de la fuerza que volcaría la balanza hacia la figura presidencial.

La estructuración de un orden institucional, que había permanecido hasta dicho momento en una crisis constante por la duplicidad de centros de poder — el gobernador de Buenos Aires y la figura del presidente de la nación —, lograría consolidarse permitiendo la creación de un Estado central. Ello se expondría incluso en la nominación del nuevo partido gobernante — Partido Autonomista Nacional — resultante de un acuerdo, acontecido en 1874, entre las posiciones hasta entonces antagónicas, consolidando su accionar mediante la producción de una hegemonía política otorgada por el acuerdo con fuerzas opositoras blandas y con la relegamiento de aquellos que no se avenían a un acuerdo.

El proceso de centralización se serviría, también, de otros instrumentos, algunos de ellos brindados por la Constitución Nacional, como el caso de la intervención federal, que despertaría varios interrogantes académico-políticos; y, también mediante el despliegue de una armadura de instituciones nacionales como el poder judicial federal y la administración central. De esta forma, como advierte Botana, «este acto de centralización [claro está, que se refiera a términos políticos], consagrado merced a los sucesos del ochenta, está en el origen del control gubernamental que, de allí en más, *se ejercerá sobre todos los habitantes y a escala nacional*»⁽⁴⁹⁾.

Ahora bien, paralelamente al ejercicio interno de acciones políticas que aseguraran la centralización, hacia mediados de la década del 90' del siglo XIX se sumaría un excedente no tematizado y que vendría a socavar las bases de la discusión constitucional: la *cuestión social*. Esta temática que había permanecido ausente en los libros no poseía, empero, ninguna novedad en la teoría jurídica europea. Sin embargo, el apego al modelo alberdiano había cegado dicha preocupación. Es que tal como ha señalado Halperín Donghi, «Alberdi permanecerá sordo a los motivos 'sociales' que estarán presentes en el progresismo económico — como lo están ya en el autoritarismo — de Luis Napoleón. Para éste, en efecto, el bienestar que el avance de la economía hace posible no sólo está destinado a

(49) BOTANA, *El orden conservador*, cit., p. 60; R. HORA, *La política bonaerense: del orden oligárquico al imperio del fraude*, in *Historia de la provincia*, cit., pp. 51-81.

compensar las limitaciones impuestas a la libertad política, sino también a atenuar las tensiones sociales dramáticamente reveladas en 1848 »⁽⁵⁰⁾. En este punto se explica el límite de lo pensable en términos constitucionales-administrativos, que imponía como problema estructural para el desarrollo de la nación la instauración de un gobierno centralizado, el cual actuaría también como solución a la desigualdad social que el crecimiento económico lógicamente impondría.

Esa restricción conceptual estaría reflejada en el armado teórico-metodológico de las obras. Así, por un lado, el recorte del objeto de la materia constitucional-administrativa veía como finalidad de la centralización la solidificación institucional que resumiera los problemas entre gobiernos y gobernantes (federales-unitarios; centralistas-autonomistas), dejando como consecuencia secundaria el carácter altamente excluyente del sistema político-social. Por otro, desde el plano hermenéutico-metodológico, la fuerte apuesta historicista, que reducía la tarea del escritor a una adecuada interpretación de la historia local fundada en la particularidad del territorio y su naturaleza, había velado el ingreso de toda una literatura administrativa europea, que ya había formado su saber en la premura por controlar científicamente el problema social que amenazaba el orden burgués.

En síntesis, puede afirmarse que los conceptos de centralización y autonomía presentaban y resumían esquemas teóricos radicalmente opuestos cuya carga histórica, densidad conceptual y aplicación metodológica en los textos de derecho administrativo los volvía esencialmente políticos. Esa caracterización — política — mostraba el apego a un debate constitucional no saldado que, permanentemente, impugnaría la organización de un Estado central que había retomado para sí el ejercicio del poder. En ese contexto, la aporía del debate encarnado en una lucha facciosa no se vería resuelta por sí misma. Mientras que la fuerza actuaría en la consolidación del Estado-nación en términos político-institucionales, el dislocamiento conceptual traído por *lo social* resolvería la tensión en términos teóricos, al presentar un nuevo problema que volvería

(50) T. HALPERÍN DONGHI, *Una Nación para el desierto argentino*, Buenos Aires, ed. Prometeo, 2005, p. 60.

vetusto el debate político, requiriendo de un nuevo Estado que aplicara técnicas efectivas para el gobierno de la *sociedad*.

III. Autarquía y descentralización en el lenguaje Científico-Administrativo (1900-1940)

El nuevo siglo vería consolidar un Estado-nación asediado por el problema social, donde las élites ya no necesitarían de la política en las aulas; en su lugar, requerirían de funcionarios para las estructuras estatales, pensadas como medio de contención de un problema de una entidad exorbitante. En ese marco, los debates constitucionales fundados en la centralización y la autonomía quedarían relegados por la penetración de nuevos saberes pensados para hacer frente a la *cuestión social*. Entre ellos, el derecho administrativo encontraría a la ciencia de la administración como una herramienta teórica que redefiniría su objeto y método de estudio, auxiliando a sus especialistas a receptor nuevos conceptos administrativos, en la búsqueda por erradicar el debate político-constitucional de su campo y redefinir el rol del Estado frente a lo social.

Como consecuencia de dicha pretensión dos voces claves — descentralización y autarquía — surgirían como una síntesis de la buena administración, resultando conceptos altamente productivos para la fortificación del Estado central. Ese proceso complejo debe ser analizado al menos en tres momentos: el primero en relación con el cambio en el campo jurídico general que la dimensión social traería; el segundo a partir de la recepción de la ciencia de la administración por el derecho administrativo; y, finalmente, el análisis de la generación de los conceptos antes señalados hacia adentro del campo *ius-administrativo*.

1. *La cuestión social y los nuevos saberes del derecho.*

Desde la historia social se ha señalado que la sintomatología del malestar que, más tarde, sería reconocido como la *cuestión social* se remontaba a 1860, fecha en que se inaugura el proceso de modernización en la Argentina. La modernización traería consigo una novedad en materia de industrialización, inmigración y urbani-

zación de determinadas ciudades — de las cuales Buenos Aires sería una testigo privilegiada —, arrastrando como contrapartida el problema del mundo del trabajo resumido en la potente voz de la *cuestión obrera* ⁽⁵¹⁾. Sin embargo, el problema obrero acarrearía dificultades de una extensión mayor a la relación laboral, exhibiendo los conflictos habitacionales, de salubridad, de criminalidad que se volcarían como una temática pública. Desde un plano teórico puede advertirse que más que la gradualidad del proceso sería la miopía de la concepción del liberalismo clásico la que se vería sorprendida hacia la década de 1890, cuando la crisis económica evidenciara una ya sedimentada politización de sectores obreros que harían fuertes reclamos y manifestaciones otorgándole visibilidad a la problemática social ⁽⁵²⁾.

Ese decurso histórico impactaría también en el campo del derecho, el que sería modificado a partir de los cambios producidos en el espacio universitario. Fruto de la efervescencia social palpable en el devenir cotidiano, hacia el año de 1904 se produjo una huelga de estudiantes que buscaba entre otras cosas modificar la estructura de enseñanza, incorporando nuevas materias e imprimiendo una nueva metodología al aprendizaje del derecho. La disputa, que continuaría hasta la reforma de 1918, se encuadraría en una crítica al modelo de enseñanza de la escuela civilista exegética, al entender que esta última no poseía una dimensión social del fenómeno jurídico, el cual sólo podía lograrse mediante el estudio del derecho ajustado a las *ciencias sociales* ⁽⁵³⁾.

En cuanto al Derecho Administrativo, Buchbinder señaló que

⁽⁵¹⁾ J. SURIANO, *Una aproximación a la cuestión social en Argentina*, in *La cuestión social en Argentina (1870-1943)*, a cura di J. Suriano, Buenos Aires, La Colmena, 2000, pp. 1-31.

⁽⁵²⁾ J. SURIANO, *El estado argentino frente a los trabajadores urbanos: política social y represión, 1880-1916*, en « Anuario », 14, Facultad de Humanidades y Artes - U.N.R., 1989/90, pp. 111-114.

⁽⁵³⁾ A.D. LEIVA, *La enseñanza del Derecho y la formación de los juristas en la primera mitad del siglo XX*, en « Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho » 10, Buenos Aires, 2007, pp. 101-115; M. R. POLOTTO, *Hacia una nueva experiencia del derecho. El debate en torno a la enseñanza práctica del derecho en la Universidad de Buenos Aires a comienzos del siglo XX*, en « Revista de Historia del Derecho », 34, Buenos Aires, 2006, pp. 213-239; E. ZIMMERMANN, *Abogados, científicos y estadistas*.

« existía cierto consenso en torno al hecho de que, convertir a la Facultad en un lugar apropiado para la formación de las élites, exigía fortalecer la enseñanza de algunas disciplinas descuidadas hasta entonces como las vinculadas con el Derecho Constitucional o el Administrativo » (54). Frente a tal sentencia exploratoria, cabe preguntarse ¿cómo se manifestaría el fortalecimiento del Derecho Administrativo? Ello implica observar la relación que el mismo establecería con las demás disciplinas jurídicas, la finalidad de la materia para los alumnos y el perfil que debía imprimir sobre los nuevos abogados-estadistas.

En cuanto al primer tópico, cabe advertir que mientras que la reforma de los planes de estudio despertaría principalmente el interés por los vacíos que había dejado el derecho civil en materia laboral o la limitación del derecho penal frente al avance de la criminología positivista (55), cuestiones, ambas, claramente ligadas a la comprensión de la sociedad; el derecho administrativo cobraría su fuerza en la necesidad de estructurar el par lógico contra-conceptual necesario para dichas reformas: el Estado. Así, compartirían un mismo objetivo pero diverso objeto. En ese sentido, el Estado se volvería fundamental como herramienta de organización y puesta en marcha de los dispositivos generados para contener la *cuestión social* (56). De esta forma, la buena administración sería un brazo ejecutor de las acciones confiadas a un ente de igual tamaño e importancia que *la sociedad*, al que se le encargaría la actualización práctica de la legislación reformista.

Como consecuencia de ello, el Estado requeriría de una masa de agentes, caracterizada como una incipiente burocracia especializada (57). Rápidamente los docentes tomarían conciencia de ello.

Debates sobre la enseñanza jurídica en la Argentina del primer centenario, in « ciencia hoy », 119, Buenos Aires, 2010.

(54) BUCHBINDER, *Formación*, cit., p. 122.

(55) R. SALVATORE, *Criminología y cultura estatal*, in *Subalternos, derechos y justicia penal. Ensayos de historia social y cultural argentina, 1829-1940*, a cura di R. Salvatore, Barcelona, ed. Gedisa, 2010.

(56) No puede pensarse esta relación sin una referencia obligada a la obra clave de P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 1987, especialmente, capítulos III-V.

(57) SURIANO, *El estado*, cit., p. 110.

Una mirada sobre los textos del siglo XIX exhibe que hasta ese momento no había una preocupación similar. Es decir, éstos estaban destinados a un conocimiento asistemático y asociado a un interés particular que quedaba retirado frente al rol central de producción de abogados-litigantes. Ferreira, en efecto, en su trabajo de 1866, luego de exponer una doctrina extranjera menor, señalaba que « mostramos sólo el campo a los estudiantes para que leyendo en obras más extensas completen su instrucción »⁽⁵⁸⁾. La contracara de dicha pretensión estaría exhibida, a comienzos del siglo XX, por la reivindicación que de la materia haría el catedrático Dr. Adolfo Orma y que serían recogidas en una obra escrita por sus alumnos Quirós y Emiliani. Citando a Colmeiro, advertía que « entre nosotros el Derecho Administrativo, con su carácter e importancia universitarios, responde a la preparación científica y en parte profesional de los alumnos de la Facultad de Derecho, en donde se reclutan por modo natural las gentes llamadas a influir en la política desde los partidos, y sobre todo donde se recluta el personal de funcionarios administrativos en su mayor parte »⁽⁵⁹⁾.

Finalmente, resta observar el perfil que la materia buscaba imprimir en los alumnos que formarían esa masa de funcionarios estatales. Éste sería una consecuencia directa de la reconfiguración de la disciplina vista en relación con las demás materias y también de las soluciones propuestas a los requerimientos sociales. La erradicación de la política clásica vehiculada por disciplina constitucional y la consolidación de la científicidad administrativa, se volvería una tópica central en los discursos expuestos por los autores⁽⁶⁰⁾. Por ejemplo, en 1929 Rodolfo Bullrich decía: « Los hombres de la

(58) FERREIRA, *Derecho administrativo*, cit., p. 17.

(59) H. QUIRÓS Y R. EMILIANI, *Derecho administrativo — teniendo por base las conferencias del catedrático titular de la materia Dr. Adolfo Orma*, T. I, Buenos Aires, Ed. Valerio Abeledo, 1902, p. 45.

(60) El proceso de desprendimiento de disciplinas previas que subsumían al derecho administrativo, fue un proceso especial en la construcción de cada Estación dependiendo de su tradición iushistórica. Por ejemplo en el caso alemán el proceso estuvo marcado por la separación del sistema político-jurídico de la cameralística, mientras que en Argentina ello tendría una razón de abandono político de parte del derecho constitucional. Esto refuerza la necesidad de un estudio de carácter local entre Estado y derecho administrativo (ver SCHIERA, *Il laboratorio*, cit., p. 125).

administración son técnicos, mientras que la competencia técnica no se exige a los hombres de gobierno [...] En fin, la acción gubernamental está en absoluto imbuida por preocupaciones políticas, mientras que la política es o debe estar en lo posible descartada de la acción administrativa » (61). El funcionariado técnico serviría a un ente no político, en constante actividad, en movimiento, en un hacer que conformaba la razón de la administración, así cerraba Bullrich su *excursus* sobre la función administrativa: « La administración, que está a cargo de los negocios corrientes y ordinarios, que exigen continuidad y regularidad, marcha en virtud de la velocidad adquirida, mientras el gobierno duerme » (62). Una tónica común que llevaría la impronta de una centuria y que mostrarían una porción del Estado autonómica y separada del gobierno, en trabajo y acción constante (63).

Todas estas percepciones radicaban en un cambio fundamental de objeto, de metodología y de escritura que redefiniría para el interior de los textos administrativos la forma de pensar el Estado. Para ello y siguiendo la historia de la Cátedra de Derecho, delineada por Díaz Couselo, queda analizar las estructuras de las obras del derecho administrativo científico, comenzando por Adolfo Orma, quién fuera profesor de la materia en la Universidad de Buenos Aires entre 1896 y 1919, pasando por Rodolfo Bullrich docente de la materia entre 1920 y 1945; y llegando a Rafael Bielsa, docente entre 1924 y 1953. Este último autor, desarrollaría fuertemente el concepto de descentralización y autarquía reflejando el esquema de la *organización administrativa* en la Argentina, el cual se cristalizaría en la doctrina administrativa contemporánea (64).

(61) R. BULLRICH, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, ed. Biblioteca jurídica argentina, 1929, p. 14.

(62) *Ibidem*.

(63) Sobre dicha tónica *residualista* de la administración ver: L. MANNORI, *Justicia y administración entre antiguo régimen y nuevo régimen*, in « Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid », 15, 2006, p. 129.

(64) DÍAZ COUSELO, *Panorama*, cit., pp. 177-194.

2. *El «Estado vivo»: Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración.*

Para comprender la aparición de nuevos conceptos jurídicos debe reordenarse el esquema textual y metodológico de la disciplina administrativa a la luz de dos principios imperantes en la época: el cientificismo y el enfoque internacionalista ⁽⁶⁵⁾. En el caso del Derecho Administrativo el segundo sería consecuencia del primero, ya que la discontinuidad con respecto a la hermenéutica puramente *histórica* del constitucionalismo abriría las puertas a un saber del *presente* social-estatal consolidado en otras latitudes.

Efectivamente, a partir de 1902, fecha de publicación de *Derecho Administrativo* de Adolfo Orma, el gran tema introductorio a la disciplina sería la separación del Derecho Constitucional, para afianzar, en su lugar, la relación con la novedosa *ciencia de la administración*. Al respecto, Orma señalaba que «la ciencia de la administración no sólo comprende a la ciencia administrativa, sino también a todas aquellas ciencias, cuyo conocimiento se hace indispensable para el ejercicio de una ordenada administración» ⁽⁶⁶⁾; más adelante, al definir a esta última establecía un principio básico que habilitaba la perspectiva internacionalista, la «Ciencia administrativa es entonces la exposición de principios y reglas científicas permanentes e inmutables aplicables indistintamente a todos los Estados; y que el Derecho administrativo se encargará de regular y aplicar en cada Estado particular» ⁽⁶⁷⁾. Con la supeditación del derecho administrativo a la ciencia de la administración se corría el particularismo histórico-constitucional, viendo una serie de principios científicos como atinentes a todo Estado.

La lectura extranjera, en tanto que científica, debía guiar la explicación y armado del Estado argentino, y para ello, al primer autor que recurriría sería a Lorenz von Stein. Utilizando al teórico alemán realizaría una interpretación científica del Estado. Éste era para el autor un organismo vivo: «El Estado moderno, como Estado

⁽⁶⁵⁾ E. ZIMMERMANN, *Los intelectuales, las ciencias sociales y el reformismo liberal: Argentina, 1890-1916*, in «Desarrollo Económico», 124, Buenos Aires, 1992, p. 546.

⁽⁶⁶⁾ QUIRÓS y EMILIANI, *Derecho administrativo*, cit., p. 24.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 25.

nacional, se halla constituido en grandes unidades territoriales y étnicas, y de cultura, por lo que requiere un organismo político complejo, y para atender a la conservación de éste, una compleja constitución administrativa » (68). Estado, territorio y población serían un organismo total inescindible. Dada la complejidad que dicho organismo presentaba, la ciencia de la administración se volvía central, existiendo una duplicidad de administraciones para la síntesis entre Estado y sociedad: administración política y administración social. Mientras que la *administración social* tendía a responder a fines específicos que la sociedad requería, la *administración política* tenía una entidad previa y fundamental, ya que su objetivo era « atender a conservar y confeccionar el organismo del Estado, para que éste pueda realizar su fin jurídico » (69).

La ciencia de la hacienda, el gobierno interior (policía) y la ciencia del ejército, importaban acciones de conservación del Estado sin el cual tampoco existiría una población y un territorio establecido, los cuales eran una síntesis de éste. Así lo entendía Orma siguiendo a von Stein y a Krause, al reparar en que « desde el momento en que el Estado vive, no puede concebirse sino viviendo mediante la acción jurídica común, que comprende en una misma dirección psicológica colectiva, a la agrupación humana que forma el centro de su personalidad activa. *El Estado político tiene siempre una población, y aspira, cuando no la tiene ya, a constituir un pueblo* » (70). El organicismo de dicha manifestación permitía lucir al Estado como productor de la población y del territorio, y en última instancia al *pueblo*. Síntesis y confusión que habilitaba a una acción vital donde el Estado se volvía una entidad previa a la población, ya que la misma sólo podía instituirse como sociedad en relación dialéctica. Es decir, la sociedad era en tanto que reclamaba determinados fines solamente asequibles por el Estado.

Estos principios más tarde serían retomados, con una depuración del organicismo, por parte de Rodolfo Bullrich, quien decía: « Entendemos que tal separación es imposible y que lo mejor será considerar el derecho administrativo como una ciencia total de la

(68) Ivi, p. 14.

(69) Ivi, p. 23.

(70) Ivi, p. 16.

administración, en la que intervienen por igual el aspecto jurídico, el sociológico y el político » (71). Bullrich escribía de esta manera, luego de analizar las relaciones de lo sociológico y lo jurídico en la Administración, como también los aspectos técnicos y formales y la separación entre actividad jurídica y social. La *ciencia total de la administración* daba un nuevo corte al derecho administrativo que definía su perfil técnico-jurídico y sociológico en relación de tensión constante con el elemento, necesario, de la política.

Sin embargo, el exponente más importante en cuanto a la ciencia administrativa sería Rafael Bielsa. Hacia 1937 daría a conocer un libro cuyo título *Ciencia de la Administración*, evocando a la *Verwaltungswissenschaft* de Lorenz von Stein, sintetizaba el avance y la cristalización de la relación de esta última con el derecho administrativo. Dicha obra receptaba, asimismo, el positivismo lógico de Kelsen a través de la obra de Merkl, con lo cual daría una *impronta de especialidad*. De dicha conjunción surgiría un pensamiento administrativo que resumía un orden lógico-legal — principalmente constitucional — y una gestión técnica que la ciencia de la administración vendría a explicar y afianzar (72). Esta última era, para Bielsa, una *ciencia política* ya que su contenido era « una política específica de aplicación inmediata a cada objeto o materia de la Administración pública » (73). Autonomizaba así de las ciencias sociales a la administración y al derecho administrativo, cuestión no menor que exhibía la diferencia entre lo social y lo estatal. Asimismo, el derecho administrativo se iría perfilando hacia el normativismo positivista, que miraría a la Constitución como una ley preeminente y hacia la ciencia de la administración como régimen técnico-funcional del Estado. En ese sentido, mientras que la política indicaba los fines sociales y el derecho administrativo brindaba un marco jurídico-moral atado a la constitución, la ciencia de la administración serviría para cumplir las funciones del Estado « con el

(71) BULLRICH, *Curso*, cit., p. 24.

(72) Sobre la relación entre ciencia de la administración y especialidad jurídica del derecho administrativo ver: L. MANNORI y B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 400-413.

(73) R. BIELSA, *Ciencia de la administración*, Rosario, Universidad Nacional del Litoral, 1937, p. 45.

criterio de la *eficacia* y de la *economía administrativa* » (74). La regulación de la actividad de la administración pública tendría un carácter científico que impactaría en todos sus campos.

Llegado a este punto puede preguntarse ¿qué relaciones posee todo este *excursus* atinente el campo del saber-poder administrativo con respecto a la centralización, la descentralización y la autonomía? La respuesta debe hallarse en la lectura atenta de las obras. En la *Ciencia de la Administración*, Rafael Bielsa, al hablar sobre la centralización del poder ejecutivo nacional y la descentralización de sus órganos periféricos, decía: « Ahora bien, ¿es conveniente esta descentralización? *A la ciencia de la administración le toca la respuesta*, pero en esa respuesta, según dijimos, no se puede prescindir del sistema constitucional » (75). De la política y la historia a la administración científica había transcurrido un largo trecho y la hegemonía de esta última establecería algunos presupuestos que se volcarían sobre la percepción del Estado como un fenómeno natural.

3. *De la política a la técnica: autonomía-centralización vs. autarquía-descentralización.*

Las recepciones de la ciencia de la administración por el derecho administrativo estarían moduladas por un zócalo de saberes propio de la ciencia jurídica. Esta condición supone observar en las obras de los tres autores seleccionados la dinámica establecida entre ciencia de la administración y teoría del derecho, para percibir las diversas metodologías que explicarían la centralidad del Estado-nación y darían lugar al uso de los conceptos de descentralización y autarquía.

Comenzando por la obra de Orma, salta a simple vista la gran influencia sociológica, donde el organicismo que predicaba le hacía ver el problema de la centralización-descentralización como una división territorial que era *actuada* por el Estado. Así decía que:

El territorio es uno de los elementos que dan existencia internacional al Estado de derecho, que es el Estado moderno. De aquí, que la manifestación primera de la acción del Estado sobre su base física para la constitución del

(74) Ivi, pp. 38 y 46.

(75) Ivi, p. 51.

organismo político, consiste en la adaptación geográfica. Esta adaptación geográfica, se revela en los Estados nacionales, por la distribución de sus funciones en la extensión territorial, que convierte a la tierra en término jurisdiccional ⁽⁷⁶⁾.

Ahora bien, ¿cómo y en qué fundaba dicha operación del Estado? Orma decía: « como el Estado no se concentra en un punto dado de la sociedad, sino que es la sociedad misma organizada [...] es necesario entonces que en toda la sociedad se sienta la acción del Estado, lo que únicamente puede conseguirse con la división del territorio » ⁽⁷⁷⁾.

Sin embargo, la organización de la sociedad respondía a criterios sociológicos que el Estado no podía transponer. Es decir, las cualidades de la sociedad — población, historia, riqueza, medios de comunicación, etc. — determinaban la organización y allí por la vía de la sociología se limitaba esa potencia del Estado. La recepción directa de la sociología particular del territorio local anularía la acción de una ciencia de la administración aplicable a todo tiempo y lugar, que el autor tanto había predicado. Ello era consecuencia de la producción temprana de la obra que podía declarar la cientificidad del derecho administrativo, manteniendo aún una estructura constitucional en clave sociológica. Más allá de esa comprensible contradicción, cabe destacar que el relato sociológico generaba una dicotomía que otorgaba pocas acciones a la intervención de ese Estado-creador. Tardarían algunos años en que ello ocurriera, y vendría necesariamente de la mano de una redefinición conceptual más jurídica que sociológica.

Dicha dimensión jurídica aparecería en la obra de Bullrich. Allí se presentaría una síntesis de las herramientas conceptuales que el derecho administrativo necesitaba para reorganizar lo que el autor comprendería como un caos administrativo que el Estado había heredado de la historia y la política. El capítulo XIII del segundo tomo del *Curso de Derecho Administrativo* de Rodolfo Bullrich, titulado *organización administrativa* ofrecía una relación novedosa sobre la administración, la política y la historia. En dicho trabajo el autor definía la centralización — citando a Hauriou — como « la

⁽⁷⁶⁾ QUIRÓS y EMILIANI, *Derecho administrativo*, cit., p. 48.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, p. 49.

creación de un centro que coordina y unifica la acción del Estado mediante la existencia de un personal jerarquizado » (78). Ese carácter *creativo* generaría algunos inconvenientes. En efecto, hablar de una creación o un invento implica la fragilidad de aquello que era o fue inventado, en este caso el Estado central. Con lo cual, la explicación del fenómeno requeriría de una sutileza que permitiera el avance interventor del derecho administrativo sobre la experiencia, — cosa que el modelo de Orma, con un carácter pesimista, impedía — sin conmovir las bases de *lo creado*.

Para ello, Bullrich realizaría una doble operación. En primer lugar, definiría a la acción centralizadora como un acto político. Con lo cual, y dado su interés por deslindar política y técnica administrativa, podía exhibirla como una materia excedente a la ciencia total del derecho administrativo. Recurriendo al esquema de Hauriou, decía que « la función administrativa [...] tiende voluntariamente hacia la descentralización, en tanto que el gobierno, considerado como distinto de la administración, tiene también su función propia, que es la centralización política de la Nación » (79). Pero no todo quedaría allí.

En segundo término, a dicho carácter político — de por sí excluyente de la consideración administrativa — Bullrich sumaría un argumento que miraba hacia una historia teleológica como reaseguro de la centralidad del Estado-nación. Así, explicaba que « al establecimiento de este órgano coordinante o unificador de la acción del Estado se ha llegado a través de la evolución histórica y de la práctica de la vida de los pueblos » (80). Para el caso argentino, advertía que « en determinadas circunstancias se consideró que el país requería poderes ejecutivos fuertes para lograr la unidad y en ese sentido se sancionaron las diversas constituciones hasta llegar a la nos rige que consagra el gobierno federal, en que el Presidente de la República es el jefe supremo de la nación » (81). La historia nacional se resumía en esa evolución que tendía hacia un centro de

(78) R. BULLRICH, *Curso de derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, p. 79.

(79) Citado por BULLRICH, *Curso*, T. I., cit., p. 13.

(80) BULLRICH, *Curso*, T. II, cit., p. 79.

(81) *Ivi*, p. 80.

poder inmovible y con dicha explicación obturaba, a su vez, la politicidad inherente a la centralización.

De esta manera, la centralización sería presentada como un proceso acabado y objeto de estudio histórico-político, quedando así a salvo el Estado, y pudiendo el derecho administrativo apropiarse del, hasta ese entonces par antitético: la descentralización. Ésta sería definida como « el sistema opuesto a la centralización. Consiste en la creación de centros en los que las autoridades o instituciones son elegidos por los mismos habitantes del país. [...] Estas autoridades no realizan una acción opuesta a la del gobierno central pero sí independiente y distinta, lo que constituye a dar al régimen descentralizado un aparente aspecto de centralización » (82). En la estructura argumental, la oposición no imponía un ataque al gobierno central, más bien la descentralización requería o suponía a éste.

Ahora bien, el toque de muerte de la descentralización como concepto político — tal como aparecía en Alberdi —, no sería su separación con respecto a la centralización sino su forzada correspondencia con otra técnica organizacional: la *desconcentración*. Decía Bullrich: « No es la desconcentración lo mismo que la descentralización. Aquella consiste en mantener la autoridad de coordinación o unificación del poder central pero acordando algunas de sus facultades a empleados dependientes del poder central [...] La desconcentración significa un paso hacia la descentralización » (83). El orden lógico imponía, entonces, una previa desconcentración, es decir, un otorgamiento de poder por parte del Estado-nación, cosa que luego podía habilitar el nacimiento de una jurisdicción « sin intervención ostensible del poder central ».

Asimismo, la descentralización daría motivo a la aparición de una voz que venía faltando en el discurso constitucional y administrativo, y que reconvertiría el sentido de autonomía: la autarquía. En un párrafo por demás breve, el autor decía que « la autonomía es un concepto de orden político; la autarquía de orden administrativo. Autonomía es la facultad de los estados o instituciones de gobernarse a sí mismos, de darse sus propias normas de vida. [...] Autarquía existe en un establecimiento descentralizado que se ad-

(82) Ivi, p. 82.

(83) Ivi, p. 83.

ministra por sí mismo pero que no tiene la facultad de dictarse sus propias leyes que le vienen de otro poder » (84). Tal como se ve, la descentralización se uniría al concepto de autarquía y reforzaría el carácter administrativo de su semántica mientras que la autonomía por su rol político quedaría por fuera de la ciencia de la administración.

La obra de Bullrich establecería una separación entre técnica administrativa — descentralización, desconcentración y autarquía — y conceptos políticos — centralización y autonomía —, la que permanecería en la estructura metodológica de los capítulos dedicados a la organización administrativa de los siguientes estudios administrativos. Sin embargo, estos últimos conceptos debían ser socavados para reforzar el poder central. Dicha tarea de naturalización de la centralización y de crítica a la autonomía estaría a cargo del principal teórico de la organización administrativa: Rafael Bielsa. Dos obras centrales permiten comprender cómo el impacto del perfil técnico administrativo jugaría hacia el factor centralista de control: la ya citada *Ciencia de la administración* y una obra temprana de 1935 que poseía el nada casual título de *El problema de la descentralización administrativa* (85).

En la primera de esas obras, Bielsa sumaría un rasgo más, que se volvería fundamental en la estructura de la descentralización y la autarquía: el control. Decía hacia 1937 que el « régimen de contralor sobre las entidades descentralizadas es precisamente una de las condiciones esenciales de toda descentralización, y es cabalmente el contralor lo que no se ha hecho efectivo casi, en nuestro sistema, por falsos y erróneos conceptos de la descentralización, o por el supuesto vago (y no siempre sentimental) que aún domina en el concepto de la autonomía » (86).

Lo sentimental de la autonomía sería su factor político, frente al cual se presentaba al control como un efecto de predominancia normativa y científica. Ello así, dado que para el pensamiento del entonces profesor de la materia, permitía mediante la técnica admi-

(84) *Ibidem*.

(85) R. BIELSA, *El problema de la descentralización administrativa*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., 1935.

(86) BIELSA, *Ciencia*, cit., p. 52.

nistrativa consolidar el respeto a la legalidad, a la vez que afianzaba la eficacia y economía de la gestión pública. Sobre esto último Bielsa resaltaba que «la descentralización debe ser *defensiva*, pero no respecto del contralor del Poder central, sino de la *inmisión política*» (87). Esta última relación le permitía concluir que «sin las vistas electorales que turban la consideración de ella y su solución, puede decirse que en el momento actual todo lo *normativo* es un dique a la arbitrariedad, y que la *eficacia* se pone frente a la democracia, y aun la eclipsa relativamente» (88).

La ciencia de administración excluía lo que, para el autor, era pensado como el mal de la política y dado que la autonomía se volvía un artilugio de los faccionalismos políticos, la organización administrativa expulsaría a dicho concepto de su seno. Así, el jurista santafecino juzgaba que:

Es deplorable convenir en que tanto la 'autonomía comunal' como la impropriamente llamada 'autonomía universitaria' se tornan para algunos principios sacrosantos, cuando el gobierno central, en ejercicio de su atribución de control e intervención, que es para él un *deber*, como la defensa del *interés público general* (no 'localista' ni gremial), obliga a los entes autárquicos a la observancia de la legalidad. Frente a toda manifestación de contralor se levanta el argumento formal de la autonomía... ¡Hábito extraño, a la verdad, este de invocar la autonomía para librarse del control! (89)

El localismo autonomista ya no se oponía a la centralización; era más bien una anomalía frente al Estado concebido como algo dado. Existía, de esta manera, una reversión del problema y de los supuestos teóricos desde los cuales se partía. La centralización no era un tópico de debate, puesto que era la única organización posible del Estado moderno. ¿A causa de qué el Estado-nacional

(87) BIELSA, *El problema*, cit., p. 23.

(88) Ivi, cit., p. 20. Con claro espíritu schmittiano continuaba Bielsa en el párrafo siguiente: «se advierte que el pueblo se ha cansado ya del verbalismo parlamentario, y de esa inercia legislativa motivada por las oposiciones subalternas de los partidos en lucha, oposiciones estériles cuyas consecuencias inciden desgraciadamente en la gestión del interés público en la vida financiera y en el contralor especialmente. Las dictaduras más o menos francas que han seguido a las crisis del parlamentarismo, son una comprobación irrefutable de todo esto». Así tras la mera eficacia se escondía una reacción hacia el parlamentarismo que en síntesis ya había sido presentado, hacia 1919, por Carl Schmitt como un *romanticismo político*.

(89) Ivi, p. 103.

centralizado se volvía previo e inconvencional a toda organización administrativa? Allí, y sin ninguna sorpresa, reaparecía el fin social que había permitido la dislocación política. En un párrafo de síntesis increíble, Bielsa cerraba su estudio sobre la descentralización diciendo:

En el actual 'Estado de derecho', que organiza la protección integral de los derechos esenciales e intereses sociales (bienestar general), la autonomía debe reducirse a los límites compatibles con la autoridad del Estado; ella debe ser puramente *administrativa* (autarquía), y, en lo posible, la designación de los administradores debe emanar del poder central, así realicen éstos una gestión especial de los intereses locales (autarquía territorial) o del servicio público o institucional (autarquía institucional) y ser responsables ante el Poder central por las transgresiones que este poder o autoridad advierta en su contralor constante ⁽⁹⁰⁾.

Lo social rompía con lo político de la manera más reaccionaria. Tras la administración no había gobierno y tras la gestión del problema social la técnica superaba a lo que hasta mediados del siglo XIX era una evidente cuestión política.

En función de lo expuesto, puede observarse como hacia finales de la década del 30' del siglo XX la perspectiva brindada por la ciencia de la administración y la consecuente despolitización de los conceptos clásicos, se reflejaría en una conceptualización técnica que daría lugar a nuevos conceptos: autarquía y descentralización. Estos trasuntarían una idea normalizada de la presencia ubicua del Estado-nación. Pero como correlato de esa idea se redefiniría también el campo semántico que le cabía a los conceptos que anteriormente habían animado el debate constitucional-administrativo. A partir de dicha premisa, puede desglosarse de manera mínima de cada concepto de manera relacional.

En cuanto al par contra-conceptual centralización-descentralización, cabe decir que el mismo quedaría vaciado de uno de sus componentes. La ausencia de la voz « centralización » sería resultado de múltiples factores como el crecimiento del Estado nacional, la presentación del mismo como antítesis de lo social y la imposición de una hermenéutica constitucional fundada en el positivismo nomológico kelseniano. A su vez, como ramificación lógica,

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 108.

la descentralización vería desplazada su condición política, para ser presentada como una técnica de organización administrativa que, sumada a la autarquía, dependerían del control central para ser eficientes.

Por su parte, la autonomía poseería una doble ruptura. En primer lugar, pasaría a ser considerada de manera negativa, ya que impulsada por el interés faccioso o gremial, atentaba contra el orden institucional. Esa negatividad sólo podía entenderse por la naturalización del Estado central, que veía cualquier impugnación a su poder como una indisciplina y una ruptura del orden. Esa crítica estaba fundada por el aseguramiento del bienestar general, el cual, tal como la « cuestión social » encontraba un solo intérprete y actor: el Estado-nación. En segundo término, dado que la autonomía era un potente y revulsivo concepto político, la creación de todo ente sería presentada como una ramificación del Estado central bajo la forma de la autarquía y la desconcentración. Estas últimas serían el principio jurídico para explicar el despliegue del Estado, tornando a la autonomía en una peligrosa y anacrónica excepción.

A partir de estas nuevas categorías teóricas el control del gobierno central se volvería legítimo ya que la movilización del accionar técnico-científico reforzaría la organización que se desplegaría bajo su paraguas político. La preeminencia del uso de descentralización y autarquía por sobre la autonomía, en el armado de las estructuras administrativas, brindaría una seguridad a la estructura de poder central que radicaba tras dichas operaciones. De esta manera, la desaparición paulatina de la voz autonomía y la aparición constante de la autarquía en textos, decretos y normativas, deviene un indicador de un poder centralizado que se constituiría tras un apelativo técnico escondiendo, así, su profunda acción política.

IV. *Teoría y Estado-nación: derecho, historia y política*

La historia de algunos conceptos básicos que auxiliaron, en primer término, a la constitución imaginaria de un Estado que, hacia finales del siglo XIX, aún no se había consolidado y que, más tarde, operarían en su legitimación práctico-jurídica, requirió de tres elementos — historia, derecho y política —; los cuales no pueden ser deslindados sin caer en trampas disciplinares. Ello así, porque la

consideración conjunta de esas dimensiones permite descomponer los presupuestos teleológicos que la mirada parcial detenida sobre cada uno de dichos elementos genera. Como ejemplo de ello, puede decirse que la contextualización socio-política permite obturar una explicación histórica proveniente de la dogmática-disciplinar del derecho administrativo que, en su análisis particular, ve al proceso de *autonomización* de sus contenidos como un mero avance científico, sin recomponer las causas políticas que habilitarían dicho cambio. A su vez, ello se vuelve aplicable a una historia de la construcción del Estado que sin analizar las herramientas teóricas que se fueron generando para su consolidación cae en una historicidad del uso de la fuerza, descuidando el aparato legitimador que vendría a respaldar e incluso a motivar su accionar ⁽⁹¹⁾.

A pesar de lo expuesto, debe repararse en que la contextualización, por exhaustiva que se pretenda, requiere ser pensada en una causalidad dispersa que se va acompasando en el decurso temporal. En el caso de los conceptos de autonomía-centralización y autarquía-descentralización que incitaron este ensayo, se pudo observar que la síntesis que permitiría el despliegue de estos dispositivos jurídicos no provendría solamente de la violencia Estatal, ni de la formación disciplinar, ni de la necesidad de funcionarios científicos. En su lugar, la misma sólo se haría posible mediante el olvido de la traumática experiencia política que había sedimentado esa formación central, la cual operaría con la explosión de la *cuestión social*. Esto último no es nada banal, ya que a partir de ello se correría una lógica relacional entre estados, provincias y centralidad, fundada en la soberanía, la política y el acuerdo, presentando a dicho debate como vetusto frente a una *terceridad* que dislocaría la estructura de la discusión: la ebullición social y la función del Estado.

La dialéctica hegeliana entre sociedad-Estado se establecería en esta instancia, y este último ya no sería pensado tanto como una entidad política sino como la mediación y ordenación de lo social emergente, toda vez que los reclamos se dirigían a la élites políticas

⁽⁹¹⁾ O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano, Vita e pensiero, 2000, pp. 1-5.

pero, sobre todo, al Estado ⁽⁹²⁾. Así, las aporías que evidenciara el primer derecho administrativo cercano al constitucionalismo se verían parcialmente soterradas bajo una nueva necesidad que concentraría el sentido del Estado en el cumplimiento de *finés* sociales, separados de la política. En esa nueva ordenación, la centralización y autonomía se volverían apéndices de un problema mayor que ya no era la forma de gobierno, ni el desarrollo económico dependientes de la Constitución, sino el gobierno de lo social como tarea del Estado.

De hecho, dicho gobierno de la sociedad requeriría de nuevos conceptos — autarquía y descentralización — presentados como técnicas para volver más eficaz y económica la acción del Estado-nación. Conceptos que se volverían ultra-operativos al ser aplicados por el funcionariado estatal, educado en Universidades que diseminarian los nuevos valores del derecho administrativo científico. La historia conceptual se vuelve así una historia social que actúa como base para el desarrollo de una historia jurídica que explicita los usos políticos de las categorías jurídicas.

En el caso del concepto de autonomía la reducción de su campo semántico poseería una relación inversa al desarrollo de la disciplina administrativa y al nacimiento del campo de un saber sobre el Estado, el cual se perfilaba de manera técnica despreciando el contenido político de todo concepto. Dicha relación exhibiría también su rotulación como concepto nostálgico por parte de los nuevos juristas de un reformulado campo disciplinar del derecho, lo cual era resultado del decrecimiento del debate constitucional frente a la tecnificación administrativa. Así, las formulaciones con pretensiones autonómicas dejarían de jugar un rol fundamental, pasando a ser vistas como unas pretensiones juzgadas anacrónicas — *sentimentales* las llamaba Bielsa — que nada tenían que ver con la ciencia moderna del Estado. La mirada disciplinar del derecho administrativo, que tomaría para sí la hegemonía del saber organizacional,

⁽⁹²⁾ G.W.F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, ed. Sudamericana, 2004, IIIra parte, caps. II y III, pp. 183-311; El mejor trabajo sobre la dinámica entre las categorías hegelianas y la emergencia de la cuestión social es, sin lugar a dudas, el estudio de S. CHIGNOLA, *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, especialmente cap. I, pp. 21-189.

teñiría con metáforas negativas, fundadas en una *temporalización* crítica del concepto, a dicha voz otrora imprescindible. Escondiendo tras ello una descalificación de los usuarios de dicho concepto, quienes, por políticos, eran presentados como disgregadores. De esta forma, la autonomía dejaría lugar a la descentralización, a la autarquía y a la desconcentración que, como lenguajes de un — en ese entonces — *presente científico*, obturarían las largas décadas de debate cargadas de cuerpos, batallas e historia.

Si desde el plano pragmático del derecho se volvió fundamental el uso de los conceptos de autonomía-descentralización para la redefinición de un campo de saberes, resta volver brevemente sobre el gran problema metodológico que la historiografía genera al utilizar conceptos cargados de historia sin una analítica de su carga semántica. Recientemente, Zimmermann advertía que hacia finales del siglo XIX « una serie de cambios conceptuales en el vocabulario jurídico permitirían redefinir la esfera de acción estatal en un proceso que sería profundizado en las décadas siguientes »⁽⁹³⁾. La lectura de ese párrafo requiere de una atención que la reflexión profunda del autor supone en el lector pero que muchas veces no se actualiza en la práctica. Es que la mutación de fines puede hacer caer al desprevenido en una falacia histórico-conceptual que naturaliza al Estado. Ello así, toda vez que la voz *redefinición* implica la existencia de un Estado previo con *otros* fines. La experiencia histórica, reconsiderada desde el plano conceptual, muestra, sin embargo, que no sería tanto una *redefinición* sino el proceso de *definición* de los fines los que solapadamente quitarían del centro del debate al Estado central, permitiendo anular la experiencia política, y constituyéndolo como una instancia lógica-natural. Los *fines* cuanto más fundamentales y más extraordinarios refuerzan con más efectividad la *naturalización* teórica dispuesta para enfrentarlos.

Dicha advertencia sobre palabras que se vuelven categorías en la historiografía actual permite volver brevemente sobre el reclamo de Rafael Altamira que abrió este trabajo. La historicidad del autor, quién no casualmente vería con buenos ojos la emergencia del saber científico, incluso en sus viajes hacia la Argentina, exhibe un clima

⁽⁹³⁾ E. ZIMMERMANN, « *Un espíritu nuevo* »: *la cuestión social y el Derecho en la Argentina (1890-1930)*, in « *Revista de Indias* », 257, 2013, p. 83.

general de época, el cual desde el derecho iría fomentando nuevos conceptos que se cristalizarían en la *reificación* de Estado. La extensión de esa conceptualización profundamente legitimadora de un orden político se volvería sobre el autor y la novedad de su potencia científica alentaría su queja. Destacar la historicidad de esos conceptos se vuelve, entonces, un indicador que media entre lo decible en un tiempo dado, la epistemología que revestía la posibilidad de un saber y, en última instancia, la operatividad política de los conceptos científico-administrativos.

Es así, que dos cuestiones metodológicas se vuelven importantes en el estudio de la mutación semántica de la autonomía. La primera es una apreciación acerca de la dificultad categorial que rige el estudio histórico, el cual en la búsqueda de una síntesis teórica desplaza un problema del pasado hacia el presente, erradicando la posibilidad de efectuar preguntas que revelen particularidades de ese mundo que se evoca desde las fuentes. Si bien esto ya fue tematizado hasta el hartazgo, la problemática de Altamira permite inquirir acerca de ¿qué relación quedó afuera de su estudio por la utilización de un filtro, ahora comprensible por el devenir del tiempo, claramente inadecuado para el mundo antiguo regimental? ⁽⁹⁴⁾

La segunda cuestión, va más allá de la recepción crítica de Altamira recalando en una problemática del *ars* historiográfico que se vuelca hacia la práctica contemporánea. ¿Qué puertas cierra un armado teórico que comienza a reconocer esa alteridad desde la clave antropológica? ¿Qué estructuras intencionales de nuestro presente se activan en la lectura de las fuentes? Esta reflexión implica una atención que vuelve la historia una particular relación política entre conceptos que ordenan nuestro saber. Su conocimiento y reflexión ameritan lo que Bachelard señalaba como una vigilancia epistemológica, que se habilita entre el silencio y la práctica de la escritura.

Es así, que esa tensión entre pasado-futuro también se hace presente en estas líneas que a medida que son escritas envejecen teóricamente y más que preguntar por el pasado, descansan en una

⁽⁹⁴⁾ P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1996, p. 32.

incertidumbre sobre todo aquello no tematizado que formaba la experiencia de un mundo radicalmente diverso. Esto no es más que una búsqueda por desmontar las categorías conceptuales del presente, la cual se sintetiza en una actividad constante: la persecución de una categoría, de un concepto, de un indicio que deje entrever una racionalidad que permita comprender el pasado. En esa radical actividad del pensamiento, la vuelta no puede sino responder a la nada solapada intención por descomponer las seguridades del presente. En definitiva, cada investigador, en la búsqueda de una palabra clave quiere dejar de caminar tras sus propios pasos.

Autonomia e federalismo

CORRADO MALANDRINO

AUTONOMIA E FEDERALISMO:
UNA COMPRESENZA NECESSARIA,
SUSSIDIARIA, SINERGICA

1. Premessa. — 2. L'autonomia nella concezione federale della prima modernità: Althusius. — 3. L'autonomia nel federalismo moderno. — 4. Autonomia e federalismo nel Risorgimento: Cattaneo e Mazzini. — 4.1. Cattaneo. — 4.2. Le autonomie locali in Mazzini. — 5. Autonomia e federalismo tra antifascismo e Resistenza. — 5.1. Autonomie e federalismo in Gramsci. — 5.2. Autonomia e federalismo in Giustizia e Libertà: tra Gobetti e Rosselli. — 5.3. La posizione di Luigi Einaudi sull'autonomia federale interna. — 5.4. La critica di Silvio Trentin allo Stato moderno e la teoria dello Stato federale autonomista. — 5.5. L'elaborazione comunitaria di Adriano Olivetti. — 5.6. La Carta di Chivasso. — 6. L'autonomia in alcuni processi riformatori federali contemporanei in Europa. — 6.1. Il federalismo delle 'comunità autonome' in Spagna. — 6.2. Le « alchimie » del federalismo autonomista belga.

1. *Premessa.*

In un volume interamente dedicato al concetto-termini di 'autonomia', questo contributo incentrato sul rapporto tra l'autonomia e il federalismo può evitare di approfondirne alcune accezioni. Non perché esse non siano tenute presenti e non riguardino anche il rapporto autonomia-federalismo, o su questo non abbiano ricadute. Ma proprio perché tali accezioni sono presentate con maggiore e più perspicua completezza in altri articoli. Naturalmente, anche in molti passaggi di questa elaborazione ne saranno implicitamente o esplicitamente richiamati aspetti congruenti col discorso del federalismo.

Saranno perciò escluse dalla trattazione che seguirà ulteriori elaborazioni riguardanti l'autonomia intesa come: a) l'autonomia individuale o di gruppi sociali nel senso morale kantiano, in quanto sviluppatasi su un terreno filosofico che va ben oltre il nostro ambito. Resta fermo il fatto che alla base della concezione federale

moderna, in armonia con le visioni pluraliste liberali e democratiche, sta sempre la considerazione di soggetti individuali, sociali e statali intesi come portatori di diritti di autonoma partecipazione, con pari dignità, al processo politico che determina l'unione federale (1); b) l'autonomia locale, nel senso giuridico debole di mero decentramento amministrativo in uno Stato politicamente accentrato. Questo genere di autonomia, in quanto tale, è condizione necessaria ma non sufficiente perché se ne possa parlare in quanto componente specifica del federalismo. Infatti, anche nei sistemi non federali, come quello italiano, può sussistere un sistema di autonomie locali che, sebbene sviluppato 'ai limiti del federalismo', esula però dall'impostazione federale. Nella costituzione italiana all'art. 5 e in altri punti si dichiara con forza che « la Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento ». Di qui, nella seconda parte della Carta il Titolo V e le sezioni che riguardano gli « enti autonomi »: i comuni, le province e soprattutto le regioni che, in massima parte dopo le riforme costituzionali del 2001, incarnano questo principio dell'autonomia, inteso come decentramento politico-amministrativo nell'ambito statale-unitario, ma non federale (2). In esso, infatti, per

(1) Cfr. T. O. HUEGLIN, A. FENNA, *Comparative Federalism. A systematic Inquiry*, Quebec City (Canada), Broadview Press, 2006, pp. 37-38.

(2) Una forma limitata di autonomia regionale politico-amministrativa, quale quella esistente nell'ultimo mezzo secolo e da una dozzina d'anni oggetto di una riforma costituzionale non ancora conclusa (ma già in via di nuova modificazione), è quella adottata in Italia dopo la caduta del fascismo e a seguito di una forte critica del modello centralizzato sperimentato sia nella forma monarchico-liberale che in quella fascista. L'autonomia regionale fu infatti richiesta da tutte le forze antifasciste nella Resistenza e, nella fase costituente tra il 1946 e il 1947, si discusse a lungo su quale forma questa avrebbe potuto assumere. Ancora una volta si rinnovarono le divisioni: da una parte i fautori di un debole decentramento regionale inteso in senso prevalentemente burocratico; da un'altra parte, i sostenitori dell'autonomia politica del nuovo ente regionale, ma limitatamente ad alcune competenze e comunque all'interno di una concezione repubblicana fortemente unitaria che ridava eco alle preoccupazioni emerse quasi un secolo prima. Cfr. per un inquadramento di merito e bibliografico E. ROTELLI, *L'avvento della regione in Italia*, Milano, Giuffrè, 1967; ID., *Autonomie*, in *Lessico della politica*, a cura di G. Zaccaria, Roma, Ed. Lavoro, 1987, pp. 47-55. Per una discussione dei temi delle

autonomia si intende la potestà che lo Stato concede e riconosce a certi enti di emanare norme giuridiche e di auto-organizzazione valevoli nella sfera dei loro interessi.

Nell'ambito del federalismo (e degli autori federalisti del cui pensiero ci si occuperà più diffusamente), invece, l'autonomia dei membri che concorrono a formare l'unione federale o federativa, come si vedrà, assume un rilievo più marcato, originario e ampio comprendente persino elementi di 'sovranità' condivisa, compresi i poteri di auto-organizzazione, nonché funzioni tipicamente statali come l'autodeterminazione legislativa, che non sono rappresentabili come 'concessioni' dallo Stato centrale, ma derivanti da una propria autonomia originaria, pur non essendo naturalmente configurabili come piena sovranità intesa in senso moderno ⁽³⁾. In quanto tale, l'autonomia dei membri di una federazione dev'esser necessariamente presente in un modello federale in quanto concorre sinergicamente con le istanze federali propriamente dette a conseguire gli scopi di governo del sistema. È mia opinione (e mia tesi) che ciò avvenga all'interno del (e grazie al) rapporto di sussidiarietà che si pone nelle relazioni tra istanze centrali e decentrate nel sistema federale ⁽⁴⁾.

autonomie e del regionalismo nella storia unitaria italiana rinvio a C. MALANDRINO, *Democrazia e federalismo nell'Italia unita*, Torino, Claudiana, 2012, *passim* e in part. pp. 85-102.

⁽³⁾ Un'interessante presentazione di una concezione dell'autonomia che, pur partendo dall'interno dello Stato unitario, tenta di confrontarsi con la problematica in oggetto in una prospettiva di trasformazione istituzionale italiana ai limiti del federalismo è in L. VANDELLI, *Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale all'epoca della crisi*, in « Le regioni », XL (ottobre-dicembre 2012), n. 5-6, pp. 845-897.

⁽⁴⁾ Il principio di sussidiarietà, in quanto tale, appartiene alla tradizione del pensiero sociale cattolico; ma i suoi concetti fondativi sono riscontrabili anche in concezioni protestanti di tipo democratizzante e liberali. In tutti i casi, si parte dal presupposto che ogni azione sociale e statale debba essere per natura sussidiaria, ossia che abbia valore di sostegno aggiuntivo da parte delle unità più elevate dello Stato e della società nei confronti delle minori qualora queste non riescano per proprio conto ad assolvere a determinate loro funzioni. Tale concetto, ribadito nella *Rerum Novarum* di Leone XIII e poi da altri pontefici, fu perfezionato nel Novecento grazie all'elaborazione del padre gesuita tedesco Gustav Gundlach (1892-1969), docente dal 1934 al 1962 alla Università Gregoriana e consigliere dei papi Pio XI e Pio XII. Sull'applicazione del principio di sussidiarietà all'ambito federale ed europeo cfr. F. INGRAVALLE, *Principio di sussidiarietà, potere sussidiario e 'popolo europeo'*, in *Un popolo per l'Europa unita*, a cura di C. Malandrino, Firenze, Olschki, 2004, pp. 123-142.

Tale aspetto è chiaramente visibile nella piena modernità e soprattutto nell'epoca contemporanea che Elazar definisce « postmoderna » (5). Ma non manca neppure nelle visioni federali che si pongono come momento di passaggio tra medio evo e prima modernità, come dimostra il pensiero politico di Johannes Althusius.

2. *L'autonomia nella concezione federale della prima modernità: Althusius.*

L'esempio della *Politica methodice digesta* (6) di Althusius si presta bene per illustrare una concezione federale dell'autonomia nel suo passaggio da un lascito antico-medievale alla prima modernità. Un passaggio che non ebbe fortuna nell'epoca moderna tra Seicento e Settecento, restando in secondo piano rispetto al trionfo dei modelli assolutisti e limitato a paesi e culture di confine, a quel tempo di minor peso. La *Politica* di Althusius è considerata tradizionalmente la più vigorosa e completa opera sistematica nell'ambito

(5) La postmodernità, nella definizione elazariana, è l'epoca che contrassegna il declino della forma vestfaliana dello Stato moderno di fronte all'incapacità di governare le difficoltà insorgenti dal risveglio etnico e dalle esigenze autonomiste sul piano interno, dalle conflittualità interstatali a livello internazionale, dai nuovi problemi ambientali e tecnico-scientifici sul piano mondiale. Nell'epoca postmoderna, secondo Elazar, si assiste di conseguenza allo sviluppo di nuovi assetti istituzionali di governo che — egli scrive — « si sono mossi simultaneamente in due direzioni: creare unità politiche sia più grandi che più piccole per fini differenti, ottenendo così vantaggi economici o strategici, e conservare allo stesso tempo la comunità originaria, per meglio soddisfare le esigenze di diversità etnica. Tutti questi assetti presuppongono l'idea di più governi che esercitano il potere sullo stesso territorio. Questa idea, che costituisce il nucleo dell'invenzione americana del federalismo, [è] un'eresia per i padri europei dello Stato nazionale moderno », cfr. D.J. ELAZAR, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, The University of Alabama Press, 1987 (ed. it. a cura di L. M. Bassani, *Idee e forme del federalismo*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995, da cui è tratta la cit. prec. a p. 185). L'interpretazione 'postmoderna', suggerita in generale nel volume, ricorre in part. nel cap. settimo intitolato *Will the Postmodern Epoch Be an Era of Federalism?*, p. 223 e ss.

(6) Cfr. J. ALTHUSIUS, *La politica*, 2 voll., a cura di C. Malandrino, Torino, Claudiana, 2009. Riprenderò nel paragrafo alcune argomentazioni dal mio saggio introduttivo a questa edizione althusiana alle pp. 7-110. Cfr. anche C. MALANDRINO, *Foedus (Confoederatio)*, ne *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, a cura di C. Malandrino e F. Ingravalle, prefazione di D. Wyduckel, Firenze, Olschki, 2005, pp. 187-202.

del calvinismo politico e del monarcomachesimo antiassolutista. Le sue tesi principali sulla sovranità popolare e sulla costituzione federativa dello Stato si collocano agli antipodi della corrente assolutista moderna.

La politica è per Althusius l'arte per mezzo della quale gli uomini si associano allo scopo di instaurare, coltivare e conservare tra di loro la vita sociale. Si chiama « simbiotica », poiché intende realizzare una perfetta simbiosi sociale. Per stabilire la consociazione politica (un'unione « santa, giusta, confortevole e felice ») è necessario un « patto » federativo (*foedus*) espresso o tacito. Così gli aderenti si obbligano reciprocamente a mettere in comune tutto ciò che può servire alla mutua partecipazione alla vita associata. La politica è concepita come: *a*) la condivisione dei diritti nello Stato; *b*) il modo di amministrare lo Stato; *c*) l'ordine e la costituzione dello Stato. Per il primo punto, il diritto simbiotico è costituito dall'insieme delle leggi comuni e proprie che regolano l'associazione, ossia le leggi divine, naturali e positive alle quali i cittadini devono obbedire. Dalla loro osservanza dipende la corretta amministrazione dello Stato da parte dei governanti, che devono agire spinti da una concezione non impositiva del potere, che è inteso invece come fatto di diritto e aiuto (*subsidium*) prestato alle comunità da loro rette. Per quanto riguarda la costituzione dello Stato, ossia la consociazione politica più generale ed elevata, essa si fonda su un processo aggregativo che parte dalle consociazioni politiche minori (famiglie e collegi), ma è formata dall'unione federativa di città e province, che sono le consociazioni pubbliche minori. Tale procedimento associativo è alla base di ciò che possiamo chiamare 'protofederalismo althusiano' in quanto espressione non ancora pienamente moderna di una concezione politica ispirata federalmente. Esso si sviluppa in modo organico e sistematico sia sul piano della costituzione interna della società sia sul piano dei rapporti interstatali e internazionali. Si tratta pertanto di una vera e propria costruzione federale, che avviene tramite patto consensuale tacito o espresso, riguardante originariamente i singoli uomini, si sviluppa all'interno delle *consociationes* private e pubbliche: dalle famiglie — le più semplici associazioni private — alle tribù, agli ordini cetuali, fino alle *consociationes* pubbliche più elevate e complesse, ossia le città, le province, gli Stati.

Per ciò che concerne il piano delle relazioni interstatali e internazionali, Althusius definisce nel capitolo XVII della *Politica* l'esistenza di consociazioni nascenti da patti di confederazione, che permettono a regni, province, città e villaggi diversi di unirsi e, per tale via, di ampliare e rendere più sicuro il corpo dell'associazione statale. A tale proposito, sulla scorta di numerosi esempi storici e di citazioni dottrinali estratte dalle culture ebraica, greca, romana e medievale, Althusius stabilisce la differenza tra la *confederatio plena*, che oggi chiameremmo semplicemente Stato federale sovrano, e la *confederatio non-plena*, cioè le confederazioni limitate nelle finalità e nel tempo. La prima specie di confederazione consente a diversi regni, province o consociazioni universali, di congiungersi integralmente tra loro, « avendo comunicati reciprocamente le leggi fondamentali e i diritti di sovranità », sì da formare un unico corpo statale. La seconda specie, invece, non intacca i singoli diritti di sovranità e stringe i confederati al vincolo dell'amicizia e dell'aiuto reciproco nei casi e nei tempi previsti. È evidente la somiglianza tra la *confederatio plena* e il modello ebraico antico di *politia*, e con esempi moderni quale l'unione anglo-scozzese, mentre la *confederatio non-plena* richiama l'esperienza di alleanze confederali antiche e medievali.

Nella *respublica* federale, concepita come una fusione di più componenti in un tutto organicamente unito, una misura di autonomia — precisamente quella delle libertà cetuali e popolari — risiede all'interno dei soggetti collettivi delle *consociationes* (ceti, città, province). Orbene, vedendo le cose più in particolare, in Althusius l'autonomia compare alla maniera antica come il potere di stabilire il proprio diritto, come si afferma al § 17 del cap. IX. Che cosa poi sia da intendersi in tale concezione dell'autonomia, in connessione con una concezione *sui generis* della 'sussidiarietà' (7), Althusius lo descrive nei capitoli iniziali del suo trattato. È intrinseca al sistema althusiano delle *consociationes* simbiotiche private e pub-

(7) Precisi riferimenti a una visione della 'sussidiarietà' intesa, da una parte, come rispetto dell'autonomia delle consociazioni minori e particolari e, dall'altra, come affermazione di un intervento sussidiario da parte delle consociazioni maggiori, in collegamento con la lotta antiassolutista condotta a Emden sono verificati nel pensiero di Althusius, cfr. C. MALANDRINO, *La "sussidiarietà" nella Politica e nella prassi antiassolutista di J. Althusius a Emden*, in « Il Pensiero Politico », XXXIV (2001), 1, pp. 41-58.

bliche, particolari e universali, l'affermazione forte delle loro capacità originaria di autoamministrazione. Se ne può a questo punto cogliere il nesso profondo con la problematica della 'sussidiarietà', che nel sistema althusiano può rientrare come criterio implicito di regolamento dei rapporti fra i livelli politico-amministrativi corrispondenti alle varie forme di associazioni pubbliche. La metafora — più volte usata — della *respublica* come *corpus* ⁽⁸⁾ (in senso fisiologico-poli-

tico) composto di varie membra corrisponde al modo althusiano di concepire la comunità simbiotica. La metafora sottolinea l'autonomia delle membra tanto quanto la loro appartenenza al *corpus*. Il rapporto tra benessere delle membra e benessere del *corpus* crea una circolarità che coincide con la *communicatio*. È questo il nocciolo della 'sussidiarietà' implicita in Althusius.

Otto von Gierke nell'Ottocento ha ricordato che ogni associazione inferiore, in quanto comunità reale originaria, ha diritto alla propria vita sociale particolare e alla sua sfera giuridica di autogoverno orientata alla realizzazione dei fini peculiari, sfera che non può essere violata dalle associazioni superiori ⁽⁹⁾. Dieter Wyduckel ha sottolineato il fatto che in Althusius le *universitates* cittadine posseggono il requisito giuridico-amministrativo dell'autonomia, che si traduce nella facoltà della *Eigenständigkeit*, ossia della capacità di vivere sulla base delle proprie forze e leggi e che, a sua volta, « sia sottoponibile a restrizioni solo per il fatto che la città non è isolata in se stessa, ma fa parte di una unione più larga, che forma il quadro giuridico e politico generale nel quale s'inscrive » ⁽¹⁰⁾. Thomas Hügin ha scritto che è proprio del « federalismo *sozietales* » (ossia 'integrale') di Althusius un carattere non centralistico dell'amministrazione. Ciò significa, prima di tutto, che il massimo livello —

⁽⁸⁾ Cfr. in proposito le penetranti osservazioni di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 1. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza 1999, p. 9 e ss. Su Althusius cfr. pp. 88-97.

⁽⁹⁾ Cfr. O. VON GIERKE, *G. Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, Einaudi, 1943, p. 187.

⁽¹⁰⁾ Cfr. D. WYDUCKEL, *Föderalismus als rechtliches und politisches Gestaltungsprinzip bei J. Althusius und J. C. Calhoun*, in *Konsens und Konsoziation in der politischen Theorie des Frühen Föderalismus*, a cura di G. Duso, W. Krawietz e D. Wyduckel, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 267.

quello centrale — della burocrazia amministrativa non si sovrappone all'amministrazione locale, « ma s'inserisce solo laddove le esigenze amministrative superino la capacità di autoregolazione del contesto particolare »⁽¹¹⁾.

Si potrebbe continuare con altre citazioni, ma quel che importa qui sottolineare è che una relazione necessaria di sussidiarietà e di complementarità sinergica è la cornice appropriata nella quale può esser inquadrata tutta la trama federativa dei rapporti sociali e politici tra associazioni minori e maggiori. In effetti, dalla lettura del testo althusiano è possibile constatare che: *a)* le *consociationes* pubbliche e private, particolari e generali, vengono istituite nei vari livelli grazie al sussidio portato dai membri componenti; *b)* le associazioni minori sono legittimamente competenti nell'autoamministrazione delle materie che riguardano membri e luoghi di pertinenza; *c)* le associazioni universali politiche, col consenso dei membri, si prendono cura delle materie generali che devono garantire la simbiosi allargata, intervenendo in modo sussidiario in ciò che sfugge alle facoltà autogestionarie delle associazioni minori; *d)* negli affari più importanti il sommo magistrato deve avere il consenso degli ordini, che altro non sono che i rappresentanti delle associazioni minori, che così tutelano il proprio potere di autogoverno e di controllo.

Già nell'elencazione dei principi politici generali sottostanti la definizione della vita simbiotica, nel capitolo primo (§ 7) Althusius, quando designa l'ambito di applicazione della *communicatio mutua* all'interno di ogni tipo di associazione, afferma che uno dei suoi fini è da vedere nell'autosufficienza (*αὐτάρκεια*)⁽¹²⁾ della vita della stessa comunità. Nel capitolo quinto (§ 4) sottolinea ancora che per l'autosufficienza le associazioni di qualunque grado necessitano di sempre maggiori sussidi e sostegni a misura che cresce la loro

(11) Cfr. TH. O. HÜGLIN, *Sozietales Föderalismus, Die politische Theorie des Johannes Althusius*, Berlin-New York, W. de Gruyter, 1991, p. 146. Cfr. sul rapporto tra autonomia e sussidiarietà anche ID., *Early Modern Concepts for a Late Modern World. Althusius on Community and Federalism*, Waterloo (Ontario), W. Laurier University Press, 1999, pp. 65, 120, 153, 160-161 e 224.

(12) Questo concetto non è da confondere, in quanto althusiano, con l'apparente omonimo di 'autarchia' teorizzato nell'ambito del giuspositivismo ottocentesco.

estensione. Nel capitolo sesto, intitolato alle « diverse specie di città e alla comunanza dei cittadini », sono da rilevare le disposizioni dettate ai §§ 15-17 che completano il concetto di autosufficienza simbiotica in un senso che richiama fortemente il primo degli elementi di sussidiarietà sopraricordati, ossia quello dell'autosufficienza e dell'autonomia naturali e originarie dei gruppi consociati. Scrive Althusius che proprio dalla comunanza tra i cittadini di cose, di opere, di diritti e di mutua concordia, finalizzate all'autosufficienza simbiotica, nasce il *politeuma*, che è il diritto simbiotico della città. Questo tipo di comunanza per la sua importanza è detto *civitatis nervus*. Tale principio generale si applica tanto alla comunanza simbiotica della *universitas* cittadina, quanto alla sua amministrazione nelle materie di sua competenza, che peraltro Althusius enumera nei paragrafi successivi. Mi sembra importante mettere in rilievo questo passaggio che, con parole essenziali, delinea il concetto di *administratio-gubernatio* autosufficiente delle comunità cittadine nelle materie di pertinenza locale ⁽¹³⁾. È qui affermato il principio che un corpo politico minore è autorizzato dalla sua stessa intima costituzione e dalle sue finalità esistenziali a trattare e a portare a termine autonomamente le proprie competenze sul piano della messa in comune dei diritti e dell'amministrazione. Nel § 30 del capitolo VI Althusius elenca i soggetti dell'amministrazione locale e le principali materie: « Politica negotia civitatis, quae usum vitae hujus, ἀντάρκειαν, atque summatim ea, quae in tabula secunda Decalogi continentur, concernunt, administrant iudices, senatores, consilarii, syndici, censores, quaestores aerarii, praefecti publicis operibus, curatores viarum publicarum, portuum, aedificiorum, murorum, et aliorum operum publicorum et rerum universitatis, aediles cereales, praefecti urbis, vigilum et alii similes ».

Althusius non si ferma al concetto di autarchia, che sul piano giuridico ha un'estensione limitata e strumentale; egli esprime chiaramente le caratteristiche politiche dell'« autonomia », che vanno attribuite al governo delle città che pure riconoscono un « superiore ». Nel § 41, avendo presente la vita pubblica di Emden, dopo aver

⁽¹³⁾ Non a caso Carl J. Friedrich parla di *selfgovernment* e *decentralization* nell'*Introduction* ad Althusius, *Politica methodice digesta*, Cambridge, Harvard University Press, 1932, p. LXXXVII.

ribadito che sono comunicati ai cittadini anche i diritti di cittadinanza, i privilegi, gli statuti e i benefici che rendono grande e celebre la città, egli aggiunge: « Quo refero etiam jus territorii, *αὐτονομίαν* et usum regalium, aliaque jura publica cum jurisdictione et imperio, quae civitas etiam agnoscens superiorem, suo proprio jure habere, et certis pactis superiori suo magistratui alias subesse potest, vel etiam prorsus libera, nullum praeter Caesarem superiorem agnoscens ». Questa forte affermazione di autonomia anche per le città municipali non è da intendere, però, come la rivendicazione di un diritto di sovranità propria che non riconosca alcun altro sopra di sé, come se Althusius pensasse veramente a una città dotata di attributi di maestà. Le cose non stanno affatto così nella sua teoria politica. Infatti, nel § 42 si precisa opportunamente che in questi casi si deve parlare di autonomia e non di sovranità: « Personalia jura principum, civitates hae habere non possunt [...] neque universalem jurisdictionem extra territorium [...]. In politia Judaica et aliorum populorum olim civitates suam autonomiam, politiam et regem proprium habuisse constat ». Fatte queste distinzioni, che riconducono il discorso sui binari del riconoscimento di un'autonomia nel governo cittadino, Althusius enumera nei paragrafi successivi le materie nelle quali si realizza la competenza autonomistica autoamministrativa. L'autonomo governo delle *universitates* non esclude, ma anzi postula una relazione positiva con le istanze superiori di amministrazione; corrisponde esattamente alla prima parte della concezione della sussidiarietà come sopra definita, ossia a quella che riguarda la legittimazione dell'azione di autogoverno dei livelli inferiori. Con questo profilo è coerente anche il capitolo settimo, riguardante il diritto di comunione e di amministrazione provinciali, il quale ripropone finalità analoghe quali la *βιάρκεια*, la *κοινοπραξία* e l'*αὐτάρκεια*.

3. *L'autonomia nel federalismo moderno.*

Le suggestive teorie althusiane contrassegnano un percorso tipico, come ha sostenuto Hüglin, di una possibile modernità diversa da quella che si è storicamente imposta. Accanto al filone prevalente nella modernità, rappresentato dal trionfo delle concezioni sovraniste nel quadro vestfaliano, è dato vedere infatti lo sviluppo di forme

federali che a questa originariamente si contrapponevano. Queste forme sono visibili nelle esperienze che riguardano tra Cinquecento e Seicento la nascita della Repubblica delle Province Unite dei Paesi Bassi, alla cui storia l'esperienza althusiana è strettamente ricordata. O ancora nello sviluppo ulteriore dei cantoni protestanti svizzeri, come per esempio Ginevra e Basilea.

Infine, sulla scorta delle vicende rivoluzionarie americane e francesi della seconda metà del Settecento, si afferma per la prima volta in un modo che si riverbera nella creazione di carte costituzionali federali, che si oppongono al modello dello Stato accentrato vestfaliano, la circostanza che il concetto basilare — e il fatto — del federalismo mettono in questione la nozione della sovranità assoluta ed esclusiva ⁽¹⁴⁾ dello Stato moderno, così come era stata presentata dai maggiori teorici assolutisti, da Bodin a Hobbes. Nel momento in cui si procede a creare uno Stato federale con l'unione di vari Stati membri o, all'inverso, a partire dal riconoscimento come Stati membri di singole province o regioni di un preesistente Stato unitario, la definizione della sovranità dei soggetti statali coinvolti subisce necessarie trasformazioni, nel senso di limitazioni o attenuazioni, perdendo gli attributi dell'assolutezza, dell'indivisibilità, dell'intangibilità, dell'indifferenza rispetto alla sovranità di altri Stati, quali s'erano venuti affermando per e nello Stato moderno classico e, in modo particolare, nello Stato-nazione, il cui modello trionfa tra Settecento e Ottocento. La critica federalista della sovranità dello Stato moderno, dal *Federalist* fino ai teorici novecenteschi, ha superato da tempo tale definizione di sovranità esclusiva arrivando a formulare una sorta di paradigma storico-critico preciso, nel quale convergono con maggiore o minore facilità tutte le varie espressioni federaliste tra fine Settecento e Novecento nel corso del loro attacco duplice alla sovranità esclusiva e assoluta dello Stato: a) dall'alto o dall'esterno, alla sua facoltà di determinare autocraticamente i rapporti nei confronti dei suoi simili sul piano internazionale, ponendo

⁽¹⁴⁾ Su tali questioni rinvio a C. MALANDRINO, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Roma, Carocci, 1998. Sulle teorie della sovranità si rinvia a D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004. Sulla 'sfida al centralismo' nella storia dello Stato moderno cfr. *Challenging Centralism: decentramento e autonomie nel pensiero politico europeo*, a cura di L. Campos Boralevi, Firenze University Press, 2011.

viceversa il problema di un patto federale sovranazionale; *b*) dal basso o dall'interno, alla sua facoltà assoluta di determinare dal centro l'ordinamento interno, ponendo al contrario il problema di un patto di convivenza con le comunità territoriali sul piano di un radicale decentramento autonomistico, che giunge alla definizione federale interna dei rapporti fra centro e periferia ⁽¹⁵⁾.

Ciò significa che il federalismo moderno e contemporaneo presuppone ed esige un autonomo processo di fondazione dello Stato federale per mezzo della creazione di un rapporto di unione di vari Stati che condividono la sovranità e che decidono, ciò facendo, di autolimitare spontaneamente le loro diverse sovranità e di dar luogo a una nuova forma di Stato: la federazione. Essa gode di autonoma sovranità, che conosce il suo limite in quella degli Stati membri, i quali conservano solo alcuni dei loro diritti di sovranità e di rilevante autonomia politica ⁽¹⁶⁾. Tale tratto costitutivo e costitu-

⁽¹⁵⁾ Sul significato di 'paradigma federalista' qui usato, cfr. C. MALANDRINO, *Sovranità nazionale e pensiero critico federalista. Dall'Europa degli stati all'unione federale possibile*, in « Quaderni fiorentini », XXXI (2002), tomo I, pp. 169-244.

⁽¹⁶⁾ Il termine 'autonomia' di per sé non ricorre quasi per nulla nel *Federalist*, perché in verità il problema che i suoi autori all'epoca dovettero affrontare non fu tanto quello del riconoscimento dell'autonomia sovrana degli Stati, gli *States' rights* che godevano già di notevole forza, ma al contrario quello di dare poteri reali al livello federale. Ciò detto, era perfettamente accettato il fatto che anche nel sistema federale creato con la nuova costituzione entrata in vigore nel 1789 permaneva una forte accentuazione dei poteri originari locali. Come ha sostenuto un autorevole studioso del sistema federale americano, Carl J. Friedrich, giunto al termine del suo orizzonte storico, lo Stato moderno deve lasciar spazio a un ordinamento istituzionale più dinamico e libertario delle relazioni tra le comunità politiche. Queste si collocano a più livelli: locale, regionale, nazionale e sovranazionale, e — afferma Friedrich — interagiscono continuamente tra loro. È dunque necessario che a una configurazione statica, centralizzata e autoritaria, dei loro rapporti se ne sostituisca una flessibile, evolutiva, policentrica, cooperativa: « Il mondo contemporaneo prende significativamente forma secondo i complessi modelli di interazione tra questi diversi tipi di comunità. Federalismo, regionalismo e decentralizzazione hanno visto accrescere la loro importanza come modi possibili di trattare le questioni politiche risultanti da questo processo di interazione ». Friedrich ricorda che il federalismo si distingue dal regionalismo o dalla decentralizzazione — elementi insopprimibili di una formazione federale che, però, possono anche rappresentare misure amministrative destinate a rendere più funzionale il governo di uno Stato non federale —, per la sua capacità di portare in primo piano i dati politici originari e costitutivi delle relazioni fra le comunità, nel senso che presuppone sempre « un

zionale, che coinvolge altre caratteristiche come la stabilità della federazione nel tempo, distingue nella nostra epoca i due termini precedentemente impiegati come sinonimi: federazione e confederazione. La federazione denomina un vero e proprio Stato federale, mentre la confederazione — che non ha carattere statale — indica un mero ambito pattizio, temporaneo e transitorio, che non implica alcuna limitazione o rinuncia di sovranità da parte dei suoi membri. Naturalmente una confederazione può, entro determinate condizioni che sono stabilite dal e nel contesto storico-politico, evolvere nel tempo verso l'obiettivo della federazione: lo dimostrano vari esempi, come quello della Confederazione Elvetica o degli Stati Uniti d'America, o ancora, la possibilità che l'Unione Europea (che è una forma mista di associazione comunitaria-funzionale, in parte confederale con propri poteri già di tipo federale, come la moneta) si trasformi compiutamente nella federazione degli Stati Uniti d'Europa.

Il federalismo, come tendenza politica moderno-contemporanea, nasce pertanto dalla contestazione dello Stato moderno a sovranità assoluta, unitario, nel senso del monocentrismo nazionale. Non si qualifica come negazione del valore della nazione e dell'unità nazionale, ma del fatto che a tale valore si associ quello della corrispondenza alla sovranità esclusiva dello Stato-nazione centralista nel suo territorio e nel suo ordinamento. Lo Stato federale rappresenta un processo inverso a quello che aveva caratterizzato la formazione dello Stato moderno. Tanto era accentratore questo, quanto decentralizzante quello. Per cui, avendo come punto di riferimento il livello dello Stato-nazione, esistono due tipi diversi e complementari di federalismo: da un lato, quello sovranazionale (o esterno), ossia concernente più Stati nazionali che decidono di alienare una parte della loro sovranità per unirsi in una federazione

accordo tra eguali per agire unitamente su specifiche questioni di politica generale », cfr. C. J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale e democrazia* (1950), in *Federalismo. Antologia critica*, a cura di B. Caruso e L. Cedroni, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri, 1995, pp. 455-458. Lo sviluppo successivo del modello duale americano portò a una limitazione sempre maggiore di alcuni poteri degli Stati, ma non della loro autonomia. Su questa discussione rinvio a MALANDRINO, *Democrazia e federalismo nell'Italia unita*, cit., pp. 90-96.

sopranazionale. Da un altro lato, si pone il federalismo infranazionale (o interno), che concerne Stati regionali subnazionali — che però si vogliono concepire come ‘veri’ Stati, con una loro peculiare forma di sovranità originaria, che non è il risultato di una concessione dello Stato-nazione monocentrico — uniti a loro volta in uno Stato federale nazionale.

Con riferimento alla motivazione originaria del movimento federalista americano, nel primo caso si può aggiungere che il federalismo è centripeto, ossia è il prodotto di forze che tendono a costituire un’unità di governo sovrapposta a quella degli Stati-membri. Nel secondo caso, esemplarmente rappresentato dall’esperienza girondina durante la prima fase della rivoluzione francese (e oggi in esperienze tuttora in corso quali quella belga) è centrifugo, perché è il risultato di iniziative di autonomizzazione dallo Stato nazionale rigidamente centralizzato ⁽¹⁷⁾. Entrambi i tipi di Stato

(17) Tra gli eventi storici che, in epoca moderna, contribuiscono a definire il federalismo in relazione ai concetti del decentramento statale e dell’autonomia locale, spicca per importanza quello dato, nel corso della rivoluzione francese, dall’esplosione nel biennio 1792-1793 del contrasto fra i girondini federalisti e decentralizzatori e i giacobini, rigidi assertori della repubblica una e indivisibile. Tale contrapposizione investì la discussione sui fini della rivoluzione, sulla forma del nuovo Stato repubblicano, e fece emergere drammaticamente il problema della scelta tra accentramento o decentramento statale, anche sulla scorta dell’influenza ideale esercitata dal modello americano, che vi fu, pur senza esagerarne la portata. Anche se nessuno pensò di impiantarli pari pari in terra francese, fu presente come lievito propositivo nell’elaborazione di vari dirigenti politici, in particolare del capo girondino Jacques Pierre Brissot de Warville, personaggio di rilievo teorico, che di tale gruppo espresse la linea nel giornale « Le Patriote François ». Brissot ammirava la rivoluzione americana, le cui direttive generali in materia costituzionale e democratico-federalista cercò di far applicare in Francia. Republicanesimo, divisione e bilanciamento dei poteri, sovranità del legislativo unitamente all’esaltazione dei valori liberaldemocratici, quali la condanna della schiavitù e la difesa della libera iniziativa economica furono alla base del suo discorso; e, tra questi, la difesa delle autonomie e dell’autogoverno locali all’interno di una visione decentrata e federale dello Stato, che non metteva in dubbio l’unità nazionale della Francia, ma la qualificava come « unità attraverso le differenze », cfr. F. MAZZANTI PEPE, *Il nuovo mondo di Brissot. Libertà e istituzioni tra antico regime e rivoluzione*, Torino, Giappichelli, 1996, in part. p. 268 e ss. I girondini, da sinceri rivoluzionari, desideravano perorare il riconoscimento dell’autonomia del governo locale in tutte le sue forme e gradi rispetto al governo centrale, cosa che, accanto ai meccanismi istituzionali di indipendenza, divisione e reciproco controllo dei poteri, tipici dello Stato costituzionale, e in aggiunta

federale, la federazione sovranazionale e lo Stato federale nazionale composto da Stati membri regionali, formano oggetto di studio del federalismo. In entrambi i casi, che unisca federalmente entità nazionali o subnazionali, il federalismo si presenta come formula di unione, nelle reciproche sfere di autonomia, e non di separazione tra realtà diverse che condividono poteri sovrani. Oppure, come formula di contestazione di una unità statale sovrana dispoticamente accentratrice e come richiesta del riconoscimento della sovranità concorrente dei popoli e paesi che la compongono, ma al solo fine di poter dar vita a una formazione federale superiore che prenda il posto del precedente Stato monoliticamente accentrato.

Il separatismo e il secessionismo sono, invece, l'*ultima ratio* del diritto di autodeterminazione di una parte di un popolo e di un territorio contro lo Stato al quale appartengono, all'interno di una situazione particolare vissuta come aberrante tirannia da parte del governo centrale. Tali fenomeni di per sé non hanno a che vedere col federalismo, inteso come propugnatore di forme superiori di Stato pluralista, semmai nascono da un impianto concettuale di tipo blandamente confederale concepito a difesa esclusivista delle specificità (siano esse di natura etnica, culturale, religiosa, sociale, economica, o di altro genere), come salvaguardia di una libertà assoluta, separata e senza volontà di confronti, senza solidarietà, incapace di

alle libertà civili e politiche della *Déclaration des droits*, formava il quadro dell'ideologia liberale e repubblicana. In tutto ciò non vi era nulla che potesse fondatamente far pensare a tentativi di ritorno all'antico regime, come denunciavano i giacobini. Era presente invece il tentativo di difendere le libertà dei singoli e delle individualità territoriali, politiche, economiche, sociali e culturali, in coerenza con il pluralismo dei popoli che formavano l'entità statale francese, contro quel « dispotismo della libertà » che esigeva la ferrea unità e centralizzazione statali per la salvezza della rivoluzione attraverso il terrore instaurato da Robespierre. Il motivo del decentramento federal-autonomista dello Stato (ma anche del comunalismo e del regionalismo) doveva ricorrere per tutta la prima metà dell'Ottocento francese liberale, emergendo con forza durante la seconda repubblica quarantottesca, dando luogo ad accese discussioni e allargandosi anche all'Italia. Sono evidenti le differenze di fondo tra tale forma di federalismo e il modello americano. Mentre in questo si trattava di costruire un'unità statale federale forte tra le ex-colonie divenute Stati indipendenti, superando un confuso e debole confederalismo, in Francia il problema era l'opposto: superare la centralizzazione della monarchia assoluta con l'istituzione di una repubblica che riconoscesse i diritti di autonomia dei territori e delle popolazioni della Francia.

desiderare il perseguimento di un destino comune con altri soggetti, che pure appartengono alla stessa storia e tradizione nazionale, ma hanno alcuni caratteri diversi. Una libertà che, pur avendo una motivazione legittima nel voler cambiare le precedenti relazioni con lo Stato centralista, risulta a sua volta egoista ed egocentrica. È quindi una libertà negativa, incapace di evolvere in direzione dello stabilimento di legami federali e positivamente autonomisti.

Storicamente, i valori di riferimento per il federalismo politico-istituzionale sono la ricerca e la realizzazione della pace perpetua in un regime internazionale democratico, di sicurezza reciproca garantita legalmente, nel caso della federazione sovranazionale. Nel caso dello Stato federale nazionale (che riunisce gli Stati regionali, ricava una legittimazione sovrana dal suo rappresentare la nazione, e riceve dagli Stati regionali subnazionali una parte della loro sovranità che si traduce in poteri di indirizzo e di coordinamento soggetti a controllo), i valori di riferimento sono dati, da un lato, dalla ricerca della sicurezza e del benessere tramite un efficace ed efficiente governo federale; da un altro lato, dall'attuazione completa dell'autonomia politica locale, intesa come autogoverno delle comunità subnazionali. Per tutto ciò che riguarda la suddivisione e i rapporti dei poteri tra i vari livelli statalfederali (e questo vale tanto per le relazioni tra livello infranazionale e nazionale quanto tra livello nazionale e sovranazionale), conta quanto stabilito dal principio di sussidiarietà, secondo il quale il livello superiore deve occuparsi solo di quanto sfugge alle possibilità operative e alle competenze proprie del livello inferiore in ciascuna materia.

Un caso a parte costituisce il cosiddetto federalismo integrale, una concezione che mette insieme istanze federali istituzionali, culturali ed economico-sociale, come si può vedere nelle teorie di Proudhon e nelle esperienze sindacaliste rivoluzionarie. In queste concezioni il tema dell'autonomia individuale e di gruppi è realmente valorizzato ed esaltato. Il valore di riferimento del federalismo integrale consiste infatti nell'aspirazione alla più completa autogestione sociale ed economica da parte degli individui, dei gruppi, delle classi, che si traduce politicamente in istanza di autogoverno per mezzo di organi di tipo consiliare nelle sfere politica e socio-economica create con un movimento ascensionale, dal basso verso l'alto (federalismo economico). Di questa forma di federalismo

libertario si parla anche quando si allude alla democrazia sociale diretta o al socialismo federativo democratico autogestionario.

4. *Autonomia e federalismo nel Risorgimento: Cattaneo e Mazzini.*

Nell'Italia degli Stati territoriali, tra la fine del Settecento e prima del 1861, lo scopo dei primi progetti federativi è quello di unire politicamente penisola e isole, rispettando le loro differenze di storia, di interessi, delle tradizioni e delle esigenze culturali. Il modello federale statunitense è variamente introdotto nella cultura politica italiana come strumento di mediazione tra una soluzione unitaria dell'indipendenza italiana e la difesa dell'autonomia degli Stati che storicamente fanno parte della penisola. È emblematico il caso del 'giacobino' vercellese Giovanni Antonio Ranza, il quale, rispondendo in termini federalisti al quesito posto dall'amministrazione delle Province Lombarde nel bando del celebre concorso del 1796 ⁽¹⁸⁾, dà riconoscimento sia all'esigenza di unità politica (invocata fin dai tempi di Petrarca e Machiavelli), sia a quella di preservare la complessità e molteplicità della tradizione istituzionale italiana, orientandosi verso quella che per lui è l'unica soluzione capace di istituire un governo unitario e plurale condiviso per l'intero Paese, cui culturalmente si riconosce la qualifica di Italia, attraverso l'aggregazione federale di tutti gli Stati e territori che la compongono. Egli scrive che non bisogna fare come i fanciulli, atterriti dall'orco e dalla befana, temendo il federalismo come causa di perenne divisione. Questo è da concepire invece come una formula d'unione ben congegnata per un paese come l'Italia, che ha popolazioni e territori molto dissimili tra loro per le storiche diversità di tradizioni, di

(18) Cfr. G.A. RANZA, *Soluzione del quesito proposto dall'Amministrazione generale della Lombardia: Quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità dell'Italia?*, in *Alle origini del Risorgimento: i testi di un "celebre" concorso (1796)*, a cura di A. Saitta, Roma, Istituto Storico Italiano per l'età moderna e contemporanea, 1964, vol. II, p. 183 e ss. Brani specificamente federalisti del testo di Ranza sono riprodotti recentemente da G. ANGELINI, *Il Risorgimento democratico. Tra unità e federazione*, presentazione di A. Colombo, Milano, Angeli, 2011, pp. 79-82. Su Ranza cfr. L. RUSSI, *Giovanni Antonio Ranza. Un patriota rivoluzionario tra Machiavelli e Robespierre*, in *Quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità dell'Italia*, a cura di G. Carletti, in «Trimestre», XXXIII (2000), 1-2, pp. 125-138.

costumi, di linguaggi. Gli Stati italiani dovrebbero unirsi nel rispetto dei loro peculiari caratteri. Il fine unico, scrive Ranza, è di creare « un tutt'insieme repubblicano e democratico »; perciò scrive con convinzione: « Federati tra noi, ma indivisibili ». Nella sua *Soluzione del quesito proposto dall'Amministrazione generale della Lombardia*, Ranza perciò propone, sull'esempio degli Stati Uniti e della Svizzera, nello spirito quindi di un federalismo centripeto destinato a creare un governo comune, la creazione di undici repubbliche tra loro federate in una grande repubblica italiana. Questa dovrebbe comprendere anche la Corsica e le regioni del Tirolo italiano e dell'Istria. Per Ranza il federalismo è già una formula di unione diversa da quella centralista, non mai di separazione; il concetto di federalismo è per lui funzionale a una rappresentazione centripeta nazionale del governo federale.

Disattese tali premesse nel corso del concreto svolgimento risorgimentale (e tra queste premesse occorre ricordare anche la posizione confederale neoguelfa di Vincenzo Gioberti ⁽¹⁹⁾), nel Regno d'Italia nato nel 1861 rigidamente centralizzato, lo scopo dei federalisti diverrà la contestazione di tale forma di unità, ma non dell'Unità in se stessa, che per i patrioti di tutte le tendenze costituirà un valore irrinunciabile. Una contestazione che assumerà la forma del federalismo regionalista, cosa ben diversa dal vago regionalismo amministrativo proposto dal primo governo italiano. L'interprete maggiore di questa posizione sarà Carlo Cattaneo. Ma anche Giuseppe Mazzini, nella sostanza del suo discorso autonomistico, condividerà l'esigenza di un forte decentramento politico-amministrativo.

4.1. *Cattaneo.*

Cattaneo è espressione del passaggio dall'illuminismo al positivismo tecnico-economico. Il suo lavoro si basa sulla scienza e sul metodo empirico. Nel *Manifesto del Nuovo Politecnico* (1859) scrive che la legislazione, la milizia, la navigazione sono figlie della scienza, e che l'agricoltura stessa si traduce tutta in calcolo scientifico. La

⁽¹⁹⁾ Sulla quale rinvio a MALANDRINO, *Democrazia e federalismo nell'Italia unita*, cit., pp. 21-25.

scienza è la forza dell'uomo moderno. Riformatore democratico radicale, ma non estremista, Cattaneo è all'origine della versione italiana del federalismo autonomista. L'istanza federale si collega nel suo pensiero al concetto di libertà, incisivamente definita come l'esercizio della ragione. Prima ancora di essere strumento d'analisi positiva, soluzione giuridica e politica, che assume forme e obiettivi diversi in relazione alle fasi della lotta risorgimentale e postunitaria, il federalismo è per Cattaneo una teoria della libertà, tratta da un'interpretazione del liberalismo oscillante tra Constant e Tocqueville, intesa in senso dinamico, evolutivo, polarizzata sulle sue potenzialità democratiche.

La libertà repubblicana — riconosciuta all'individuo, così come alle entità collettive individuate per cultura, interessi, territorio, costumi e tradizioni — comporta il riconoscimento della verità. Libertà e verità sono le due facce d'un solo valore, dice Cattaneo, e corrispondono alle due forze elementari dell'intelligenza e della volontà, di cui consiste l'umanità. Dal capillare esercizio della libertà, cioè della ragione, scaturisce ogni fonte d'incivilimento, di conoscenza, di progresso economico e sociale. La filosofia romagnosiana dell'« incivilimento » è da Cattaneo sempre osservata e posta alla base del saggio *La città come principio ideale delle istorie italiane* (1858), teso a ripercorrere l'elaborata trama dell'evoluzione socio-economica e morale della penisola, a fronte dei problemi politici che si trova a dover affrontare nel presente. La vita degli individui, delle famiglie, dei comuni, dei consorzi delle comunità, delle nazioni e delle comunità di nazioni nella libertà, non può prescindere da un ordinamento statale che, scrive nell'articolo sul *Diritto federale*, per esser coerente col principio della libertà, deve esser ispirato dal principio di federazione e non dal principio di egemonia tipico degli Stati nazionali unitari e centralizzati. Deve discendere dal mutuo consenso dei contraenti, premessa del mantenimento delle rispettive irrinunciabili autonomie e peculiarità, e non dall'imposizione di un'unità esterna, cancellatrice delle differenze. Il ricordo della tradizione confederale comunale e repubblicana italiana è integrato storicamente dal riferimento agli esempi contemporanei della Svizzera e degli Stati Uniti d'America. Federalismo, autonomia e decentramento si fondono in un unico blocco concettuale: diventano i due lati dello stesso problema, purché si guardi la realtà statale dal punto

di vista infranazionale o sovranazionale. Il programma indipendentista e costituzionale italiano, considerate le premesse esposte, differisce profondamente da quello unitario dei mazziniani o, ancor più, dei progetti monarchici piemontesi, in quanto il milanese vi scorge un grave rischio di centralizzazione. Alla sua difesa sono dedicati i libri scritti nell'esilio svizzero: *L'insurrezione di Milano* (1848) e *l'Archivio triennale delle cose d'Italia* (1850-1854) ⁽²⁰⁾.

Cattaneo pensa che l'ordinamento italiano debba discendere dall'unione dei vari Stati in una repubblica federale, gli Stati Uniti d'Italia: unione consensuale libera e non risultato d'annessione, dettata dai calcoli del maggior progresso e della felicità che possono derivare a ognuno e non da mistiche volontà unitarie o plebiscitarie. All'interno degli Stati federati deve valere un sistema autonomista capace di riequilibrare lo squilibrio tra i poli di maggior sviluppo e le plaghe d'arretratezza culturale, economica e sociale. Anche di fronte al neocostituito regno italiano l'atteggiamento di Cattaneo è improntato alla difesa delle autonomie comunali e regionali e alla polemica contro l'estensione a suo avviso indiscriminata del modello amministrativo piemontese agli Stati annessi. Le grandi regioni storiche d'Italia (il Lombardo-Veneto, i domini pontifici, Napoli, la Sicilia, la Sardegna) sono vere e proprie regioni-Stato, da raccogliere in forma d'unità federale. Il « diritto federale », afferma, è il vero « diritto dei popoli »: a esso si contrappone il diritto dei re, quello dello Stato centralizzato, il cui tipo ideale è rappresentato dalla Francia. Lo Stato accentrato, burocratizzato, dotato d'un potente esercito stanziato, che esprime in massimo grado la volontà di potenza: è questo il nemico strutturale della libertà.

Gli indirizzi di federalismo interno, pur in quel momento destinati al fallimento politico nell'Italia monarchico-liberale, hanno una ripresa di vitalità grazie al formarsi di una 'scuola cattaneana'

⁽²⁰⁾ Come introduzione all'opera di Cattaneo cfr. *Le più belle pagine di C. Cattaneo scelte da G. Salvemini*, Roma, Donzelli, 1993; *Uno Stato è una gente e una terra*, antologia a cura di E.A. Albertoni, Milano, Rara, 1994; "A nessun popolo più che all'italiano è concomitante la forma federale". *Antologia degli scritti politico-istituzionali*, a cura di E.R. Papa, Torino, Celin, 2002. Su Cattaneo cfr. G. ARMANI, *C. Cattaneo, una biografia*, Milano, Garzanti, 1997; F. DELLA PERUTA, *C. Cattaneo politico*, Milano, Angeli, 2002.

nell'opposizione al centralismo piemontese e poi nell'ambito della 'questione meridionale'. Esponente principale ne è dapprima Alberto Mario, che denuncia il centralismo monarchico in polemica con la ristrettezza dei tentativi di decentramento amministrativo proposti dal ministro Marco Minghetti e proponendo in alternativa un ordinamento autonomista sul modello svizzero. Poi sarà soprattutto Arcangelo Ghisleri, che nel 1876 fonda a Cremona il circolo « Carlo Cattaneo », a riavviare il movimento per l'autonomia dei popoli italiani e dei comuni nell'ambito delle regioni. L'agitazione repubblicana e federalista di Ghisleri esercita un enorme influsso nelle file radicaldemocratiche e socialiste, suscitando zelo e affetto in molti discepoli che a lui si richiamano. Ghisleri teorizza una 'democrazia in azione' che presuppone sovranità popolare e istituzioni federali repubblicane, ravvivate da una democrazia locale diretta in luogo della centralizzazione tipica degli ordinamenti rappresentativi: una repubblica a democrazia diretta e ordinata sulla base delle esigenze imposte dalla varietà e dalla diversità delle regioni italiane: regioni che devono esser liberate dal dispotismo e dall'incompetenza del centro, abilitate ad amministrarsi anche con potestà legislativa. Tra Otto e Novecento, grazie a Gaetano Salvemini, la scuola di Cattaneo si congiungerà da un lato con la riflessione meridionalista, dall'altro con quella socialista democratica. Nello stesso periodo contribuiranno a svilupparla anche i repubblicani Giovanni Conti e Oliviero Zuccarini, che si cimenteranno nei primi decenni del secolo XX in una difficile opera di rinnovamento autonomista.

4.2. *Le autonomie locali in Mazzini.*

La filosofia politica di Mazzini ⁽²¹⁾ prende le mosse dalla necessità di costruire una strategia tesa all'indipendenza e all'unità nazionale italiana e, nel contempo, dalla volontà di reagire all'autoritarismo della restaurazione sabauda sulla scorta della dottrina liberalcostituzionale di François Guizot e di Victor Cousin. Negli

(21) Di Mazzini cfr. gli *Scritti politici*, a cura di F. Della Peruta, Torino, 1976; *Pensieri sulla democrazia in Europa*, a cura di S. Mastellone, Milano, 1997. Di Mastellone cfr. anche *Il progetto politico di Mazzini (Italia-Europa)*, Firenze, Olschki, 1997; L. LA PUMA, *G. Mazzini democratico e riformista europeo*, Firenze, Olschki, 2008.

anni dell'esilio matura una coscienza democratico-repubblicana, sensibile alle esigenze di trasformazione sociale messe in luce da Claude-Henri de Saint-Simon e da Simonde de Sismondi. Il carattere più marcato della personalità di Mazzini sta nell'essere il maggior responsabile dell'azionismo risorgimentale per l'indipendenza e unità d'Italia. Il suo radicalismo democratico-repubblicano lo pone in antitesi col moderatismo di altre correnti, come il neoguelfismo di Gioberti e il liberalismo monarchico di Cavour. Le parole d'ordine principali della strategia mazziniana, come ricorda in una lettera a Sismondi del 1832, si riassumono in « progresso, libertà, associazione » contro la superstizione, l'intolleranza, il dispotismo. Diversamente da Gioberti, Mazzini si rivolge al « popolo italiano » perché insorga e fonda la repubblica democratica (anche se appare talvolta disponibile a rinunciare alla pregiudiziale repubblicana per favorire l'accordo con le frange patriottiche filopiemontesi e l'intervento del regno sardo nelle guerre d'indipendenza). La concezione mazziniana del popolo, coincidente con la nazione italiana, è interclassista. Per Mazzini, una volta raggiunta l'indipendenza nazionale, si dovrà porre mano a risolvere il problema sociale, pur senza ricorrere alla lotta di classe rivoluzionaria. Tale posizione ispirerà nel prosieguo una consistente tendenza politica di socialismo democratico anche in Italia.

Mazzini concepisce un'idea forte dell'unità politica del futuro Stato nazionale italiano in contrasto con i sostenitori del principio 'federale' interno, posizione che nel suo pensiero identifica — non senza fraintendimenti — come strategie deboli sul piano della costruzione dell'indipendenza e dell'unità nazionale, alludendo a varie forme assai dissimili fra loro, come il 'federalismo' municipale, il 'confederalismo' alla Gioberti, il 'federalismo' di matrice proudhoniana fortemente contrario all'unità monarchica e centralizzatrice italiana, e infine il federalismo di Cattaneo e di Ferrari. Nell'opuscolo indirizzato nel 1848 dall'esilio di Lugano *Ai giovani* afferma l'anti-italianità del « concettuccio dell'Italia del Nord », proprio perché pregiudica l'ipotesi dell'unità nazionale. Nel contemporaneo scritto su *L'Italia del popolo* egli respinge la proposta 'federale' di una « Dieta italiana mandataria di principi o di Stati » politicamente

divisi, poiché solo 'l'assemblea del popolo italiano' può sciogliere il problema dell'unità nazionale (22).

La posizione antifederalista di Mazzini non sembra essere perciò di principio, ma appare dettata dal timore che un federalismo 'illogico', debole e monco colpisca in modo traumatico il movimento dell'unità nazionale nella fase della sua costituzione. Pur nella confusione che sovente s'ingenera nella comprensione del pensiero mazziniano a causa delle formule diverse via via usate (talora oscure e misticheggianti), è evidente il significato conferito da Mazzini a questa sua posizione formalmente antifederalista sul piano nazionale. Una confusione che deriva anche dal fraintendimento generale e dai toni forti usati dagli altri interlocutori federalisti dello schieramento democratico, anch'essi non attenti alla distinzione necessaria tra opposizione all'unità monarchica centralizzatrice a oltranza e difesa dell'obiettivo generale dell'indipendenza e dell'unità nazionale italiana. Basti leggere le invettive antiunitarie consegnate da Proudhon nell'opera sulla *Federazione e l'unità d'Italia* (1862) per farsene un'idea concreta (23).

Mazzini sostiene però, in armonia con un apprezzamento più generale che ha nei confronti dei sistemi federali svizzero e statunitense (e avvicinandosi, proprio grazie al rifiuto del modello di Stato accentrato francese (24), alle concrete posizioni di Cattaneo), anche per l'Italia unificata l'esigenza di un forte decentramento politico-amministrativo che vede in primo luogo nel comune, e successivamente nelle province e nelle regioni, una rete vitale di autonomie all'interno delle quali il cittadino e il popolo imparino ad autogovernarsi. Nel 1861 Mazzini scrive l'articolo intitolato *Dell'unità italiana* (25), in cui ribadisce questi principi e ipotizza, come ha ben sottolineato Denis Mack Smith (26), una struttura della repubblica

(22) Cfr. in ANGELINI, *Il Risorgimento democratico*, cit., p. 93.

(23) Cfr. anche solo i passi antologici riportati in M. ALBERTINI, *Il federalismo. Antologia e definizione*, Bologna, il Mulino, 1979, pp. 132-137.

(24) Cfr. ANGELINI, *Il Risorgimento democratico*, cit., p. 94: « Noi combatteremo dunque inesorabili per l'Unità: unità non foggata su norme francesi o altre che confondano l'unificazione politica coll'estremo concentramento organizzativo ».

(25) Cfr. in G. MAZZINI, *Scritti politici*, a cura di T. Grandi e A. Comba, Torino, Utet, 1972, p. 946.

(26) Cfr. D. MACK SMITH, *Mazzini*, Milano, Rizzoli, 1993, pp. 214-215.

democratica nazionale italiana organizzata appunto sull'esistenza del comune come sede della 'libertà naturale' dei cittadini, di un'intelaiatura di province come enti intermedi, e di una dozzina di regioni dotate di assemblee elettive come organizzatrici del nesso centro-periferia per l'espletamento delle sostanziali funzioni politico-amministrative. Nel caso dei comuni — di cui prevede una forte riduzione nel numero e un innalzamento della dimensione per abitanti — e delle regioni, Mazzini pensa a una rappresentanza popolare elettiva diretta e non esita a confrontare per vari aspetti il sistema di autonomie al quale pensa alla struttura delle contee nordamericane. Addirittura, nell'entusiasmo del decentramento, ipotizza un sistema 'reticolare' di metropoli con funzioni differenziate di 'capitali' della repubblica unitaria: un capoluogo, per esempio, per la sede della magistratura suprema, per l'università nazionale, per l'ammiragliato, per l'istituto centrale di scienze e arti e così via.

5. *Autonomia e federalismo tra antifascismo e Resistenza.*

Nel quadro della crisi di sistema nell'Italia del primo dopoguerra del Novecento, chiusa con l'ascesa e il consolidamento del fascismo dopo il 1925, s'instaura a partire da una riconsiderazione positiva e progressista del ruolo delle *élites* democratiche, in contrapposizione con le oligarchie dittatoriali e totalitarie, un rapporto produttivo di nuove idealità tra alcune concezioni federaliste e autonomiste della democrazia. Sono così avanzate proposte tendenti alla rigenerazione democratica tramite una riforma delle istituzioni incardinata sul decentramento regionale e in forme di rappresentanza autonoma e di autogestione sociale, economico-professionale, corporativa (27). Il fenomeno, presente nella generalità dei paesi dell'occidente europeo, ha particolare risalto in Italia, dove riprendono vigore i progetti di radicalismo democratico mazziniano e l'ispirazione federalista della tradizione cattaneana promosse da esponenti di *élites* democratiche tra le quali si segnalerà particolar-

(27) Su questi temi devo per brevità rinviare a C. MALANDRINO, *Socialismo e libertà. Autonomie, federalismo, Europa da Rosselli a Silone*, Milano, Angeli, 1990, pp. 57-88.

mente Gaetano Salvemini, ispiratore della *Lega democratica per il rinnovamento dello Stato*, di cui nel 1920 diventerà segretario Piero Gobetti (28). Mi sembra opportuno comprendere il significato dell'autonomia compreso nel pensiero federalrisorgimentale anche alla luce di questi grandi interpreti della storia italiana che hanno fornito nelle loro opere il significato profondo del fermento lasciato dalla scuola federalista risorgimentale capeggiata da Cattaneo: tra questi vi sono rivoluzionari liberali come Gobetti e rivoluzionari comunisti come Antonio Gramsci (29), il cui pensiero giovanile ispirato da Salvemini e quello maturo nei *Quaderni del carcere* si dimostrano sensibili ai problemi delle autonomie e del federalismo.

5.1. *Autonomie e federalismo in Gramsci.*

È la dimensione nazionale, come terreno di radicamento dell'analisi rivoluzionaria, il dato unificante delle osservazioni che Gramsci dedica in carcere ai temi dell'autonomia e del federalismo territoriale. Esse si presentano, in verità, come materiali di ricerca ancora grezzi, articolati in modo sparso intorno a concetti antinomici quali « accentramento-decentramento », « federalismo-unitarismo », « giacobinismo-girondismo », « autogoverno-statolatria », « centralismo democratico-centralismo burocratico »; oppure a definizioni della scienza politica marxista cui Gramsci attendeva, come « egemonia », « burocrazia », ecc. Queste notazioni inoltre non possono essere viste come contributo positivo diretto al filone federalista risorgimentale o postcattaneano, in quanto si pongono piuttosto come critica realistica e relativizzante delle tesi di quello. Alla luce del suo ragionamento complessivo Gramsci finisce anzi per affermare che « le formule di unità e federazione perdono gran parte

(28) Cfr. P. BAGNOLI, *L'elitismo democratico in Italia. Gobetti, Dorso, Burzio, Rosselli*, in E.A. ALBERTONI, *L'elitismo politico rivisitato*, Milano, 2001; G. ANGELINI, A. COLOMBO, V.P. GASTALDI, *Poteri e libertà. Autonomia e federalismo nel pensiero democratico italiano*, Milano, 2001.

(29) Per un approfondimento rinvio a C. MALANDRINO, *Autonomie e federalismo, in Gramsci: i "Quaderni del carcere". Una riflessione politica incompiuta*, a cura di S. Mastellone, Torino, UTET Libreria, 1997, pp. 147-172.

del loro significato »⁽³⁰⁾. Negli anni trenta Gramsci risolve in un progetto politico-istituzionale, da lui ritenuto più avanzato e riassunto nella formula leniniana del « centralismo democratico », alcune delle esigenze che storicamente si pongono alla società italiana ed europea anche attraverso le istanze del federalismo. Ciò premesso, tuttavia, in vari passaggi dei *Quaderni* Gramsci continua ad apprezzare il ruolo giocato dalla corrente federalista democratico-socialista nel Risorgimento e le successive critiche di questa al sistema centralistico-burocratico affermatosi dopo l'Unità. Egli giudica positivo, ancorché incompleto sotto il profilo politico, il rilievo dato da Cattaneo al ruolo che avrebbero dovuto e potuto avere i comuni e le città nella costruzione dal basso dell'identità nazionale italiana. A questo scopo, scrive Gramsci nel 1933, il modello dei comuni medievali fu sfruttato più « dai federalisti come Cattaneo » che non dagli unitari come Mazzini⁽³¹⁾. E poco prima cita il saggio cattaneano *La città considerata come principio ideale delle istorie italiane*, valutandone l'importanza ai fini dell'espressione della « necessità dell'unione tra città e campagna per il Risorgimento italiano », un concetto intrinseco alle posizioni sulla strategia rivoluzionaria e sulle autonomie. Ma conclude rimarcando la carenza politica della concezione cattaneana e affermando che « in ogni caso il fatto importante sarebbe stato non di esprimere quel concetto, ma di dargli un'espressione politica italiana immediata, ciò che appunto mancò e anzi fu voluto evitare sistematicamente dai partiti democratici del Risorgimento »⁽³²⁾. È tipico del realismo storico della visione gramsciana questo alternarsi di osservazioni positive e di critiche negative. Sempre negli scritti sul Risorgimento si legge: « Il federalismo di Ferrari-Cattaneo fu l'impostazione politico-storica delle contraddizioni esistenti tra il Piemonte e la Lombardia. La Lombardia non voleva essere annessa, come una provincia, al Piemonte: era più progredita, intellettualmente, politicamente, economicamente, del Piemonte. Aveva fatto, con forze e mezzi propri, la sua rivolu-

⁽³⁰⁾ Cfr. A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, 4 voll., a cura di V. Gerratana, Torino, Einaudi, 1975, Q. 13, par. 36, p. 1633.

⁽³¹⁾ Cfr. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, cit., Q. 15, par. 48, p. 1809; ma anche Q. 19, par. 26, p. 2041.

⁽³²⁾ Ivi, Q. 6, par. 113, p. 784.

zione democratica con le Cinque giornate: era, forse, più italiana del Piemonte, nel senso che rappresentava l'Italia meglio del Piemonte. Che il Cattaneo presentasse il federalismo come immanente in tutta la storia italiana non è altro che elemento ideologico, mitico, per rafforzare il programma politico attuale»⁽³³⁾. Ma dopo questa notazione, alla quale non si saprebbe davvero negare il fondamento della realtà effettuale, Gramsci aggiunge, andando controcorrente anche rispetto a un orientamento radicato nel suo stesso partito, una valutazione metodologica che valorizza, entro certi limiti, la funzione del federalismo risorgimentale. Scrive infatti: « Perché accusare il federalismo di aver ritardato il moto nazionale e unitario? Bisogna ancora insistere sul criterio metodologico che altro è la storia del Risorgimento e altro l'agiografia delle forze patriottiche e anzi di una frazione di esse, quelle unitarie. Il Risorgimento è uno svolgimento storico complesso e contraddittorio, che risulta integrale da tutti i suoi elementi antitetici, dai suoi protagonisti e dai suoi antagonisti, dalle loro lotte, dalle modificazioni reciproche che le lotte stesse determinano e anche dalla funzione delle forze passive e latenti come le grande masse agricole, oltre, naturalmente, la funzione eminente dei rapporti internazionali ». Secondo Gramsci, pertanto, la polemica federalista « conserva[va] tutto il suo veleno »⁽³⁴⁾ in regime di centralismo burocratico. In un brano dei *Quaderni* si registra che in Italia la nozione di « autogoverno » si è trasformata, rispetto all'originario significato anglosassone di espressione del governo dell'autorità tradizionale locale, nel senso autonomistico della « lotta contro il centralismo dell'alta burocrazia governativa », nella richiesta di « istituzioni affidate a una burocrazia controllata immediatamente dal basso »⁽³⁵⁾.

5.2. *Autonomia e federalismo in Giustizia e Libertà: tra Gobetti e Rosselli.*

Tali fermenti cattaneani, oltre che in Gramsci, emergono in quel frangente della storia italiana anche in nuove, e in parte

⁽³³⁾ Ivi, Q. 8, par. 33, p. 961.

⁽³⁴⁾ Ivi, Q. 13, par. 36, p. 1633.

⁽³⁵⁾ Ivi, Q. 8, par. 55, p. 974.

diversamente motivate, proposte di decentramento politico e amministrativo, intrecciate strettamente a rivendicazioni meridionaliste ad opera, oltre che di Salvemini, tra gli altri di Angelo Crespi, Guido Dorso, Alessandro Levi e, in ambito cattolico, grazie a Luigi Sturzo. Gli obiettivi di questo variegato raggruppamento vanno dalla riforma delle istituzioni tramite l'ampliamento delle autonomie locali e regionali fino all'elaborazione di forme di rappresentanza autogestitaria sociale, economico-professionale, corporativa. Con Salvemini e Zuccarini l'indirizzo federalista cattaneano si inserisce definitivamente nel dibattito novecentesco sul regionalismo. Criticando a fondo il centralismo e l'idea di sovranità dello Stato moderno, Zuccarini elabora nel volume *Esperienze e soluzioni* ⁽³⁶⁾ (che originariamente doveva uscire nelle edizioni gobettiane) una proposta di riforma politico-istituzionale all'insegna del regionalismo federale, che pubblicizza anche nelle pagine della sua rivista, la « Critica Politica », durante gli anni compresi tra la fine della prima guerra mondiale e l'avvento del fascismo.

Ma i fermenti autonomisti e federalisti che maggiormente incideranno nel periodo tra le due guerre e nel corso della seconda guerra mondiale, contribuendo dopo un decennio a formare nei rinati partiti resistenziali una coscienza critica rispetto alla centralizzazione statalista e alla necessità di rifondazione nazionale ed europea all'insegna dei principi federali, emergeranno da alcune iniziative di nuovi protagonisti che si qualificano nell'opposizione al fascismo, come Carlo Rosselli, Silvio Trentin, Carlo Levi, Emilio Lussu, i quali dall'esilio francese si faranno protagonisti di una rinnovata e avanzatissima discussione nelle pagine di « Giustizia e Libertà » sul decentramento federalista e le autonomie, influenzando soprattutto la futura posizione del Partito d'Azione e, trasversalmente, anche quella di altri partiti, da quello liberale alla nuova democrazia cristiana di De Gasperi, al partito socialista e lambendo marginalmente persino esponenti del partito comunista ⁽³⁷⁾.

Già negli anni Venti Gobetti immette nell'ideologia liberale contenuti di autonomismo istituzionale, economico-sociale e cultu-

⁽³⁶⁾ Roma, Libreria politica moderna, 1926.

⁽³⁷⁾ Cfr. C. MALANDRINO, *Umberto Terracini alla Costituente: la questione delle autonomie regionali*, in « Critica Marxista », XXIII (1985), 4, pp. 43-55.

rale (è, con Salvemini, attento all'esperienza dei consigli torinesi nel « biennio rosso », in collegamento con Gramsci e con le proposte innovatrici della rivoluzione russa) tali da far intravedere le articolazioni di una forma nuova di autogoverno liberale e democratico che negli anni '30 sarà sviluppata dagli antifascisti riuniti nel movimento di « Giustizia e Libertà ». Gobetti persegue tale fine attraverso un'intensa attività editoriale in cui profonde la riflessione febbrile sulla formazione dello Stato unitario italiano, tradottasi nell'importante scritto del 1924, *La rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia*. In essa si conferma estimatore del ruolo delle élites democratiche, borghesi e operaie, nella ricostruzione del nuovo Stato che dovrà sorgere sull'impianto nazionale unitario depurato dei suoi errori storici. La « rivoluzione liberale » è nel progetto gobettiano innanzitutto una rivoluzione morale e consiste in gran parte nel rinnovamento della classe dirigente, alla quale spetta guarire l'Italia dai suoi mali, primo tra tutti il fascismo, che costituisce « la rivelazione » di corruzioni antiche e non sanate della nazione, in primo luogo il centralismo burocratico seguito all'unificazione. In questo senso il giovane intellettuale torinese rivaluta il federalismo di Cattaneo e Ferrari e propugna il decentramento politico e amministrativo, pur rimanendo assertore della bontà dell'attivismo risorgimentale di Cavour e Mazzini.

Nel *Manifesto della Rivoluzione liberale*, egli cerca di tessere il filo di collegamento tra le esperienze autonomiste, la riforma anti-burocratica e anticentralista dello Stato, la risoluzione della questione meridionale. Sostenitore della tesi che ogni autentica rivoluzione è intrinsecamente liberale (nel senso di 'liberatrice'), Gobetti individua nel movimento operaio la classe che, dopo l'involutione della borghesia, potrebbe promuovere la rivoluzione e si adopera per la formazione di una classe politica variegata, consapevole delle esigenze sociali derivanti dalla partecipazione popolare alla vita dello Stato. Tra il 1922 e il 1923 enuncia il concetto di 'liberalismo rivoluzionario', in contrapposizione al liberalismo conservatore. Scrive che la sua proposta di « liberalismo rivoluzionario » s'ispira a « una inesorabile passione libertaria, vede nella realtà un contrasto di forze, capace di produrre sempre nuove aristocrazie dirigenti a patto che nuove classi popolari ravvivino la lotta con la loro disperata volontà di elevazione ». La « rivoluzione liberale » è agganciata

alla constatazione dell'assenza in Italia di una rivoluzione borghese nel corso del Risorgimento e del primo Stato unitario e, perciò, della sua persistente necessità.

Non a una rivoluzione nell'accezione del termine meramente politica, insurrezionale o momentanea si riferisce Gobetti; ma alla preparazione di un processo epocale, culturale e sociale, prima che istituzionale, che in altri paesi è storicamente favorito dall'etica protestante e dallo spirito innovatore del capitalismo, dall'emergere di una borghesia forte e consapevole del proprio ruolo, mentre nell'Italia risorgimentale è mortificata dalla « conquista regia » e, in quella a lui coeva, dall'imporsi di un regime autoritario e conformista con l'aiuto della monarchia e coll'acquiescenza delle gerarchie conservatrici cattoliche. Gobetti pensa perciò a una rivoluzione modernizzatrice, di cui l'Italia continua a mancare; a una modernizzazione liberale nel suo senso più ampio, anticonformista, individuale e collettiva, ossia insieme liberista, libertaria e liberatrice delle forze sociali sempre sottomesse e di nuovo incatenate dall'ascendente potere tutelare del fascismo. La morte repentina causata dalle bastonature di una squadra fascista impedisce al giovanissimo leader di sviluppare le ricche premesse politiche poste nel suo discorso, che però vien fatto proprio da un gruppo di antifascisti guidati nell'esilio parigino da Rosselli, che dà in tal modo concretezza al progetto di democrazia socialista liberale e federale derivante dalla severa critica del determinismo e del meccanicismo marxisti da un lato, e dalle suggestioni promananti dalla rielaborazione dell'insegnamento miliano, accolto tramite la mediazione liberalsocialista di Leonard T. Hobhouse ⁽³⁸⁾.

« Giustizia e Libertà » negli anni Trenta rappresenta il luogo dell'elaborazione non solo di un federalismo infranzionale di tipo territoriale, ma di un più completo federalismo integrale, ossia culturale e socioeconomico. Sarebbe troppo lungo rievocare qui nei particolari i temi che compaiono sulle colonne dei « Quaderni di

⁽³⁸⁾ Cfr. MALANDRINO, *Socialismo e libertà*, cit., pp. 109-135; G. B. FURIOZZI, *Alle origini del socialismo liberale*: A. Naquet, in C. e N. Rosselli. *Socialismo liberale e cultura europea (1937-1997)*, a c. di A. Landuyt, « Quaderni del Circolo Rosselli », Firenze, Giunti, 1998, pp. 85-92; F. SBARBERI, *L'utopia della libertà eguale*, Torino, Bollati Boringhieri, 1999.

Giustizia e Libertà» a partire dall'enunciazione dello « schema di programma » del gennaio 1932, proposto da Rosselli mettendo al centro dell'antifascismo costruttivo e del programma di rinnovamento della società e dello Stato italiani appunto il dibattito sulle autonomie e il federalismo. Ricordo che si segnalano in tale contesto i contributi del gruppo torinese di ispirazione gobettiana costituito da Franco Venturi, Aldo Garosci, Renzo Giua, Carlo Levi e Leone Ginzburg. Soprattutto a Ginzburg si devono gli originali « chiarimenti sul nostro federalismo »⁽³⁹⁾, che egli concepisce più come espressione di autonomia spirituale e morale delle comunità, tanto culturali quanto sociali ed economiche, che non come mere aggregazioni territoriali di tipo etnico-linguistico. Per Ginzburg il decentramento federale non può ridursi a mera questione amministrativa, ma si qualifica in quanto questione politica in senso forte, in senso cattaneano. In proposito Ginzburg fa sua la tesi secondo cui il Risorgimento, che pure egli difende nelle finalità unitarie, ha sbagliato nell'esito istituzionale. Egli afferma che, dopo Cattaneo, « il federalismo, per riapparire, è costretto a perdere ogni sua caratteristica conservatrice, per diventare una forma di potenziamento rivoluzionario delle energie più spontanee, trascurate o ignorate affatto nel processo unitario: distinguere per sempre il suo pensiero da quello dei fautori di un decentramento amministrativo tante volte auspicato fin dalla costituzione del Regno; e si avvicina invece alla tendenza proletaria verso un autogoverno delle aziende produttive, in cui era facile discernere l'aspetto concreto di un generale, e politico, principio di autonomia »⁽⁴⁰⁾.

Rosselli assume e prosegue, implementandola, questa impostazione. Nella sua polemica *Contro lo Stato*⁽⁴¹⁾, cercando di dare un senso unitario a questo dibattito a più voci, espone la tesi che lo Stato dittatoriale moderno mostra d'essere l'inevitabile conclusione, in determinate condizioni, dello statalismo e che in esso non vi è posto per un umanesimo libero. Ciò pone a suo avviso una seria

⁽³⁹⁾ Cfr. MS (L. Ginzburg), *Chiarimenti sul nostro federalismo*, in « Quaderni di Giustizia e Libertà », seconda serie, 1933, n. 7, pp. 48-56, ora in L. GINZBURG, *Scritti*, a cura di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 1964, pp. 16-25.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 18.

⁽⁴¹⁾ Cfr. l'articolo di pari titolo in « Giustizia e Libertà », 21 settembre 1934.

ipoteca sul paradigma costituzionale moderno, che sembra confluire nella « statolatria » e, ciò facendo, mostra la corda sia per ciò che concerne la capacità di accordare il consenso dei cittadini alle forme liberaldemocratiche statali, sia per quanto attiene alla reale efficacia nel garantire la pace a livello internazionale. Secondo Rosselli è questo il senso della critica alla « teoria metafisica dello Stato », emergente dalle indicazioni non solo di autori quali Hobhouse, ma anche di un teorico del federalismo sociale di derivazione proudhoniana quale Georges Gurvitch ⁽⁴²⁾. In modo conseguente Rosselli abbozza una visione nuova e positiva di una diversa forma e di un diverso processo creatore di statualità nel corso di una appassionata discussione con l'anarchico Camillo Berneri, scrivendo un vero e proprio manifesto politico per un federalismo plurimo, istituzionale e sociale, infranazionale e sovranazionale, italiano ed europeo, che va ben oltre i limiti meschini di un ristretto « federalismo territoriale » o regionale dai contorni micronazionalisti ⁽⁴³⁾.

Tutti questi motivi sono ripresi e rielaborati da Rosselli (e lasciati in eredità agli azionisti) in un discorso politico-sociale strettamente connesso, come per Gobetti, all'impegno politico antiautoritario contro la centralizzazione burocratica caratterizzante la storia postrisorgimentale italiana, alla denuncia del fascismo, stigmatizzato già nel saggio sul *Socialismo liberale* come « il più passivo risultato della storia italiana » e « autobiografia di una nazione che rinuncia alla lotta politica, che ha il culto dell'unanimità, che rifugge dall'eresia » ⁽⁴⁴⁾. L'alternativa prospettata da Rosselli s'impenna sulla convergenza tra liberalismo e socialismo, tramite la democrazia federalista e autonomista. Negli anni '30 Rosselli sintetizza in sei punti l'orientamento complessivo che definisce indifferentemente « umanesimo libertario » e « socialismo federalista » liberale: 1) federalismo statuale e politico visto come applicazione del più

⁽⁴²⁾ Cfr. L. T. HOBHOUSE, *The metaphysical theory of the state: a criticism*, London, Allen and Unwin, 1918; G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932; ID., *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932.

⁽⁴³⁾ Cfr. C. BERNERI, C. ROSSELLI, *Discussione sul federalismo e l'autonomia*, in « Giustizia e Libertà », 27 dicembre 1935.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. C. ROSSELLI, *Socialismo liberale*, a cura di J. Rosselli, intr. di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 1979, p. 117.

generale concetto di autonomia individuale, dei gruppi e delle comunità sociali; 2) regionalismo progressivo alieno da rivendicazioni territoriali conservatrici; 3) patriottismo plurale, ossia coerente con l'esigenza di più appartenenze a livello locale, nazionale ed europeo; 4) articolazione istituzionale statale rispettosa delle rappresentanze « dal basso » di tipo territoriale, economico, sociale e culturale; 5) intelaiatura federativa dello Stato, orientata nel senso di una società federalista liberale; 6) libera iniziativa dei gruppi politici e alleanza federativa delle forze antifasciste.

5.3. *La posizione di Luigi Einaudi sull'autonomia federale interna.*

Einaudi afferma con forza nel periodo intercorrente tra la prima e la seconda guerra mondiale una ben nota posizione di forte critica alle sovranità statali tendente alla proposta di una federazione europea e di un'organizzazione federale anche a livello mondiale (45). Ma la critica federalista di Einaudi alla sovranità statale è vivace anche sul versante infranazionale (46), rispetto al quale scrive frasi forti come: « Si potrà discutere sui compiti da attribuire a questo o a quell'altro ente sovrano; e adopero a bella posta la parola sovranità e non autonomia, ad indicare che non solo nel campo internazionale, con la creazione di vincoli federativi, ma anche nel

(45) Dell'Einaudi federal-europeista cfr. L. EINAUDI, *La guerra e l'unità europea*, a c. di M. Albertini, Firenze, 1984 (contenente altresì le *Lettere politiche di Junius*, ed. orig. 1920); ID., *Due scritti sulla federazione europea*, a c. di C. Malandrino, « Annali della Fondazione L. Einaudi », Torino, 1995. Su Einaudi ved. U. MORELLI, *Contro il mito dello Stato sovrano. Luigi Einaudi e l'unità europea*, Milano, Angeli, 1990; C. CRESSATI, *L'Europa necessaria. Il federalismo liberale di Luigi Einaudi*, con un saggio introduttivo di R. Faucci, Torino, Giappichelli, 1993; N. BOBBIO, *Luigi Einaudi federalista*, comparso nella silloge *Alle origini dell'europeismo in Piemonte*, a cura di C. Malandrino, Torino, Fondazione L. Einaudi, 1993; C. MALANDRINO, *L. Einaudi. Due scritti sulla federazione europea*, « Annali della Fondazione Luigi Einaudi », XXIX (1995), pp. 561-581.

(46) Si pensi alla polemica antiaccentratrice di Einaudi, in puro stile cattaneano, sviluppata in articoli come *Via il prefetto!*, qui cit. dalla riedizione nella raccolta L. EINAUDI, *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, a cura di E. Rossi, Bari, Laterza, 1954, p. 58 e ss.; ID., *Contro il mito dello stato sovrano* (1945), ivi, p. 625 e ss.; ID., *La sovranità è indivisibile?*, in ID., *A proposito di autonomie, federalismo e separatismo*, a cura di C. Malandrino, « Annali della Fondazione Luigi Einaudi », XXVIII (1994), pp. 545-567.

campo nazionale, con la creazione di corpi locali vivi di vita propria originaria non derivata dall'alto, urge distruggere l'idea funesta della sovranità assoluta dello stato. Non temasi dalla distruzione alcun danno per l'unità nazionale » (47).

In queste posizioni così nette vi è da sottolineare la motivazione e l'inquadramento teorico rigoroso delle autonomie politiche locali all'interno della dottrina dello Stato federale e, nel contempo, la loro delimitazione rispetto allo Stato nazionale. Einaudi asserisce che alle regioni storiche italiane — a tutte, non solo a quelle sedi di movimenti particolaristici, centrifughi e perciò future destinatarie di autonomie speciali — dovrebbero esser riconosciute libertà e sovranità comparabili a quelle dei cantoni svizzeri, in un quadro di divisioni dei compiti tra Stato centrale ed enti locali corrispondenti a criteri federalisti. « Ognuno dei due — afferma Einaudi — deve esser sovrano nella propria materia » (48). Nell'articolo *La sovranità è indivisibile?*, scrive magistralmente: « Come nessuno stato è pienamente sovrano nei rapporti internazionali, ma tutti gli stati debbono assoggettarsi all'intervento altrui negli affari propri interni; così all'interno di ogni cosiddetto stato sovrano non vi è un solo stato; ma gli stati sono parecchi, forse molti, e nessuno di essi è pienamente sovrano, perché la sovranità di ognuno si arresta dinanzi all'uguale sovranità degli altri e deve con questa convivere » (49).

Einaudi parla in proposito di autonomie politiche locali basate sul fondamento di poteri originari comunali e regionali, che sono da considerare originari e non frutto di decentramento politico-amministrativo più o meno ampio. A differenza del modello federale svizzero o statunitense, dove dagli Stati o dai cantoni si procede alla costituzione della federazione, occorre in Italia seguire la via inversa. Scrive nel 1946 nella relazione sullo statuto della regione siciliana: « Noi dobbiamo partire da uno stato centralizzato per arrivare a uno

(47) Cfr. EINAUDI, *Via il prefetto!*, cit., p. 58.

(48) Cfr. la lettera al cattolico democratico valdostano Paul Alphonse Farinet del 29 maggio 1945 in EINAUDI, *A proposito di autonomie, federalismo e separatismo*, cit., p. 562.

(49) Ivi, p. 565.

stato più sciolto, con funzioni attribuite alle singole regioni »⁽⁵⁰⁾. Anticipando di cinquant'anni le discussioni attuali sul principio di sussidiarietà, visto come il criterio dirimente per la distribuzione delle competenze tra le future regioni e il governo centrale in Italia, Einaudi afferma che « il principio informatore della legislazione regionale è dunque che allo stato centrale rimangono attribuite tutte quelle funzioni che esplicitamente non siano state assegnate alle regioni nell'atto in cui queste sono costituite. Compiuta questa distribuzione, stato e regione devono risultare sovrani nell'ambito delle proprie competenze »⁽⁵¹⁾.

5.4. *La critica di Silvio Trentin allo Stato moderno e la teoria dello Stato federale autonomista.*

Al termine di un profondo processo di ripensamento autocritico⁽⁵²⁾, Silvio Trentin capovolge quello che egli definisce « feticismo dello Stato nazionale unitario », sostanzialmente centralista; una forma di « statolatria » tipica di molti esponenti democratici della sua generazione. Si familiarizza con l'impostazione pluralista dei problemi dello Stato e della politica, in qualche modo riformulanti lo schema pattizio giusnaturalista e capaci di dare più ampio respiro ai diritti degli individui unitamente alla dimensione dei gruppi e delle comunità intermedie poste tra l'individuo e lo Stato. Da tale acquisizione discende il ripudio della visione neoassolutizzante dello Stato, la cui forma estrema Trentin preveggentemente chiama « totalitaria ».

In *Stato — Nazione — Federalismo* (1940) Trentin ripercorre, partendo dal processo di disgregazione dell'universalismo medievale, le tappe della formazione e dello sviluppo dello Stato nazionale accentrato moderno, facendo riferimento alla storia di Francia, Germania e Italia. Egli mette in rilievo il fatto che in ogni tempo, all'affermazione dello Stato centralizzato fa da contraltare una persistente tensione pluralista e autonomista, pur se la vittoria storica-

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. EINAUDI, *Interventi e relazioni parlamentari*, a cura di S. Martinotti Dorigo, Torino, Fondazione L. Einaudi, 1982, vol. II, p. 226.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem.*

⁽⁵²⁾ Per approfondimenti rinvio a C. MALANDRINO, *Silvio Trentin, pensatore politico antifascista, rivoluzionario, federalista*, Manduria, Piero Lacaita Editore, 2007.

mente va alla tendenza unitaria e centralista, sia nel modello dell'assolutismo, sia in quello dello Stato-nazione, sia infine nei modelli dittatoriali fascista e comunista. La rivoluzione borghese del 1789 e quella socialista del 1917 finiscono a suo avviso per consolidare la struttura accentrata dello Stato e per soffocare le aspirazioni di ceti, gruppi, classi all'autonomia, di cui le stesse ideologie liberali, democratiche e socialiste spesso proclamano il mantenimento. Lo Stato monocentrico (contro cui Trentin recupera la tensione morale e politica non solo di Proudhon, ma soprattutto della scuola federalista risorgimentale italiana di Cattaneo e di Giuseppe Ferrari) passa quasi in eredità dall'assolutismo alle democrazie contemporanee, grazie soprattutto al processo di 'universalizzazione' e di consolidamento dello Stato unitario monocentrico, sulla scorta del principio di nazionalità elaborato dall'idealismo tedesco e poi fatto proprio dai maggiori filoni ideologici ottocenteschi, fino alla consacrazione dell'unità monolitica come legge suprema di organizzazione della vita sociale e di uno specifico mito unitario nel corso della grande guerra. Questo è il motivo principale per cui, nell'intervallo tra le due guerre mondiali, secondo Trentin è relativamente facile operare il passaggio dalla democrazia liberale alla dittatura in numerosi paesi, e le tendenze reazionarie si dilatano per tutta l'Europa⁽⁵³⁾. Nello Stato nazionale monocentrico, unitario e autoritario, è infatti riposta la radice più profonda della tirannide. Lo Stato nazista è, per Trentin, solo « l'espressione più estrema del monocentrismo integrale »⁽⁵⁴⁾.

Compito della rivoluzione — ché tale è per Trentin la Resistenza, rivoluzione morale, politica, istituzionale e sociale — è perciò non di eliminare alcuni regimi dittatoriali e totalitari, ma di estirpare la stessa mala pianta dello Stato nazionale monoliticamente centralizzato. La sua parola d'ordine si deve fondare sul concetto di autonomia: « Autonomia, cioè: emancipazione brutale da tutte le

⁽⁵³⁾ Cfr. S. TRENTIN, *Le determinanti dialettiche e gli sbocchi ideologici ed istituzionali della rivoluzione antifascista [europea]. Saggio inedito del 1944*, a cura e con intr. di C. Malandrino, Manduria, Piero Lacaita Editore, 2007.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. TRENTIN, *Stato-Nazione-Federalismo*, cit., p. 153. O altrimenti detto: « È nello Stato totalitario che lo Stato unitario rinviene la sua ultima e più compiuta espressione ».

superstizioni a lungo intrattenute dalla menzogna nazionalistica: affrancamento definitivo dalla macchina-simbolo [...] dello Stato-Leviatano »⁽⁵⁵⁾. Sarebbe questa la condizione per rompere un ciclo perverso della storia dei singoli paesi europei e dell'Europa vista come insieme. Trentin rovescia così la visione dei rapporti tra il cittadino, le comunità e lo Stato ed entra nel merito delle forme nuove — istituzionali e sociali — che lo Stato rivoluzionato dovrebbe assumere. Le sue indicazioni — la *pars construens* della sua critica allo Stato moderno, di cui la denuncia del monolitismo dello Stato centralista costituisce la *pars destruens* — si risolvono nella proposta del « socialismo integrale », ossia federal-autonomista, che dovrebbe permeare la nuova forma di Stato, posto all'interno di una federazione europea, che, ai suoi occhi, rappresentava il presupposto e il traguardo finale della rivoluzione in corso.

Nel trattato sulla *Crisi del diritto e dello Stato* ⁽⁵⁶⁾ egli chiarisce che ogni forma e livello di società esige un'organizzazione statale infra- e sovranazionale. Trentin chiama « Stato particolare » quello corrispondente al piano della società nazionale. Lo « Stato particolare », ordinatore della « coesistenza delle autonomie », è da lui concepito come un gradino verso lo « Stato universale », al quale incombe l'organizzazione della società universale, cioè mondiale. L'integrazione tendenziale dello Stato particolare nell'universale non pregiudica l'esistenza del primo in quanto « ordine d'integrazione parziale », non godente però più interamente degli attributi sovrani conferitigli dall'ideologia statale-nazionale ⁽⁵⁷⁾.

Il nuovo Stato dovrebbe configurarsi come « ordine degli ordini » ⁽⁵⁸⁾ — e da questa definizione emerge con evidenza il suo carattere multipolare in luogo del monocentrismo. Trentin aggiunge che se esso volesse realizzare un progresso sul piano dell'affranca-

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 207.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. S. TRENTIN, *La crise du droit et de l'État*, Paris-Bruxelles, L'Eglantine, 1935, pp. 185-188 e p. 478, dove Trentin scriveva: « Ugualmente, lo stato particolare non può redimere le sue intemperanze, i suoi errori mortali se non superando se stesso, se non integrando anche formalmente il suo ordinamento in quello dello stato vero, lo stato degli stati ».

⁽⁵⁷⁾ Ivi, pp. 460; 471; 486; 490.

⁽⁵⁸⁾ S. TRENTIN, *Liberare e federare*, in ID., *Scritti inediti*, a cura di P. Gobetti, Parma, Guanda, 1972, p. 239.

mento dell'individuo e della salvaguardia della dignità della persona, non potrebbe esser altro che « federalista, nel senso proudhoniano della parola ». Ovvero federalismo politico e federalismo sociale « agricolo-industriale ». Mescolando linguaggio giuridico e suggestioni biologiche, egli cerca di rendere più comprensibile l'operare dei principi di autonomia e federalismo sul tessuto statual-sociale: « Bisogna restituire — scrive — allo Stato la sua costituzione naturale, la sua costituzione pluralistica, articolarlo sui suoi centri vitali quali si sono spontaneamente creati attraverso il libero e variabile coagularsi delle forze sociali, ordinare il ritmo delle molteplici sorgenti che concorrono al raggiungimento dei suoi fini istituzionali. In qualsiasi raggruppamento umano provvisto di un'organizzazione unitaria il tessuto sociale si suddivide in una serie innumerevole di cellule più o meno compatte, all'interno delle quali l'individuo si trova incorporato come parte integrante e per la mediazione delle quali si sforza di raggiungere i suoi fini, pur collaborando al mantenimento dell'equilibrio e dell'ordine nelle relazioni di convivenza. In seno al gruppo, l'individuo non vive mai isolato; coscientemente o incoscientemente è sempre portato a partecipare con la sua attività, per valorizzarne tutte le possibilità e attitudini creatrici, a un'opera, a un'impresa, a una comunità solidale e organica » (59).

Nel modello trentiniano i « nuclei di vita collettiva », di cui al nuovo Stato compete l'ordinamento rispettoso del pluralismo, ma non la predeterminazione o la promozione, perché preesistenti a esso, si fondano dunque sui concetti di « opera », di « impresa », di « comunità ». Su di essi s'impennano le « autonomie minori » o « primarie », che promanano direttamente dall'autonomia dei singoli individui. Essi formano nel loro intrecciarsi le istituzioni di base dell'« immensa piramide » dello Stato federalista, venendo poi raggruppate, all'interno di ogni circoscrizione territoriale (Trentin parla di comuni, province e regioni « nella misura in cui hanno di fatto acquisito un'individualità e una personalità proprie, in cui determinino la nascita e garantiscano il mantenimento di un focolare di vita unitaria, suscettibile di dare un'impronta caratteristica alle relazioni

(59) Ivi, pp. 237-238.

tra le persone che coabitano il territorio ch'esse circoscrivono») nel quadro della funzione economica o tecnica o culturale di cui assicurano praticamente l'esercizio. Le istituzioni di ogni ordine e grado funzionano grazie al sistema dei consigli, dice Trentin, riprendendo la direttiva gobettiana, già fatta propria dal gruppo torinese di Giustizia e Libertà. L'ordine federativo assume dunque nelle conclusioni di Trentin l'aspetto di un « regime che sbocca nella costituzione di un governo dei consigli o collegi collegati insieme da un rapporto di compenetrazione e di interdipendenza reciproche e tutti, l'uno rispetto all'altro, gerarchicamente ordinati »⁽⁶⁰⁾. Questi brevi cenni sul pensiero trentiniano mettono in evidenza il presupposto sostanziale del carattere autonomista e multipolare del sistema federale. In esso la sovranità dello Stato perde gli attributi di astrattezza e di assolutezza, nonché di unitarietà, tipici della concezione dello Stato nazionale moderno, per depotenziarsi e diffondersi in varie istanze interne ed esterne, inferiori e superiori.

5.5. *L'elaborazione comunitaria di Adriano Olivetti.*

Anche il pensiero sociopolitico dell'imprenditore di Ivrea Adriano Olivetti affonda le radici nel filone del federalismo autonomista comunitario e della democrazia industriale, apparendo egli parimenti debitore verso le suggestioni di Gurvitch e quelle promananti dall'indirizzo personalista. Insieme al padre Camillo, egli è vicino alle linee dell'autonomismo federalista e socialista riformatore dei primi anni '20, e intende affermare, con l'iniziativa industriale e produttiva, una visione ispirata ai valori della razionalità e della libertà. Adriano Olivetti si avvicina tra le due guerre anche ai temi del fabianesimo e della pianificazione territoriale e industriale americana ed europea. Nella sua opera principale, *L'ordine politico delle comunità*⁽⁶¹⁾, scritto nel 1943 come contributo alla rifondazione dello Stato italiano, egli unifica queste variegate ispirazioni in una peculiare sintesi personalista e comunitaria, premessa ideale di un modello di Stato presidiato dalle garanzie della libertà. Il carattere

⁽⁶⁰⁾ Cfr. TRENTIN, *Liberare e federare*, cit., p. 247.

⁽⁶¹⁾ Ivrea, Nuove Edizioni, 1945. Cfr. anche la pregevole raccolta curata da D. Cadeddu: A. OLIVETTI, *Stato federale delle comunità*, Milano, Angeli, 2004.

federalista integrale della concezione olivettiana dello Stato-comunità deriva soprattutto dalla valorizzazione delle istanze di autonomia e di decentramento istituzionale, territoriale e produttivo. La cellula fondamentale del sistema, articolato e complesso, è la « comunità concreta » — immaginata a misura del Canavese in cui Olivetti vive e opera —, che si pone come termine medio tra la persona e la società, sostituendo l'astratto individuo della tradizione liberale. Essa è la sede reale della rappresentanza politica, sociale, economica, culturale, il perno del federalismo politico e agricolo-industriale. Nella comunità, che Olivetti immagina costituita da un minimo di 75.000 a un massimo di 150.000 abitanti, si configura la nuova unità socioterritoriale, che assomma e comprende organicamente, come egli scrive, « i poteri d'un prefetto, l'influenza d'un deputato, il prestigio d'un senatore, la forza e l'indirizzo dei partiti, la democratica figura del sindaco e della sua giunta, la volontà di difesa dei sindacati, la potenza economica e finanziaria delle fabbriche » (62). Nelle comunità si forma la nuova classe dirigente, che si ispira a criteri di capacità, efficienza, rappresentatività funzionale e democratica. Dalle comunità sono generati, per delegazione o elezione, tutti gli altri organi e apparati regionali e statali.

Il federalismo comunitario di Olivetti è forse, con il sistema autogestionario e consiliare ideato da Trentin, l'espressione più organica dell'esigenza di uscire dal regime accentrato, ereditato dal fascismo, creando un'alternativa radicale di libertà e di socialismo. Olivetti riconosce che società e Stato hanno una vita diversa. Conclude il suo libro sull'*Ordine politico delle comunità* affermando: « È essenziale per la libertà che questa vita proceda dal basso, quasi che lo Stato sia un grande albero a protezione di un immenso giardino — il consorzio umano — le cui radici affondino e si estendano nel terreno che le alimenta » (63).

(62) Cfr. A. OLIVETTI, *Società Stato Comunità*, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, p. 19. Sul federalismo comunitario di Olivetti rinvio a MALANDRINO, *Socialismo e libertà*, cit., pp. 203-222; D. CAEDDU, *Il valore della politica in Adriano Olivetti*, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, 2007.

(63) Cfr. OLIVETTI, *L'ordine politico delle comunità*, cit., p. 376.

5.6. *La Carta di Chivasso.*

Questa breve rassegna del pensiero federal-autonomista della Resistenza non si può chiudere senza accennare a un documento dove troviamo le parole ‘federalismo’ ed ‘autonomia’ indissolubilmente unite: la *Carta di Chivasso* del 1943, accompagnata da un pregevole articolo di uno dei suoi sottoscrittori, Giorgio Peyronel, intitolato appunto *Federalismo, autonomie locali, autogoverno* ⁽⁶⁴⁾. Il federalismo, è scritto nella *Carta*, a) è « il quadro più adatto a fornire le garanzie » per il « diritto individuale e collettivo » di « libertà di lingua » e « di culto », che costituiscono la « condizione essenziale per la salvaguardia della condizione umana »; b) « [...] rappresenta la soluzione dei problemi delle piccole nazionalità e minori gruppi etnici, e la definitiva liquidazione del fenomeno storico degli irredentismi, garantendo nel futuro assetto europeo l'avvento di una pace stabile e duratura ».

« Il federalismo », si aggiunge a chiarimento e ulteriore qualificazione istituzionale del suo concetto, si realizza in quanto « regime repubblicano democratico a base regionale e cantonale »: in quanto tale è « l'unica garanzia contro un ritorno della dittatura » resa più facile dal carattere centralista del precedente regime monarchico-liberale. Il federalismo espresso nel futuro « regime democratico-federale » — ossia in « uno Stato italiano che economicamente ed amministrativamente [...] sia organizzato con criteri federalistici e che politicamente sia basato sui principi democratici » — dovrà rappresentare altresì, secondo i sottoscrittori della *Carta*, « la salvaguardia » dei diritti dei ceti lavoratori e « delle autonomie operaie aziendali in modo da impedire ogni ritorno capitalistico », nonché le

⁽⁶⁴⁾ È questo il titolo del manifesto antifascista sottoscritto nella casa di Edoardo Pons a Chivasso dagli esponenti di minoranze regionali piemontesi e valdostane, culturali e religiose valdesi, Osvaldo Coisson, Gustavo Malan, Mario Alberto Rollier, Giorgio Peyronel, Émile Chanoux, Ernest Page e lo stesso Pons, il 19 dicembre 1943, e pubblicato in « L'Unità Europea », luglio-agosto 1944, n. 5, col titolo *Federalismo e autonomie. La dichiarazione dei rappresentanti delle popolazioni alpine*. Sulla contestualizzazione storico-politica di tale documento cfr. C. MALANDRINO, *La Carta di Chivasso e il pensiero federalista*, in *Popolazioni alpine e diritti fondamentali*, a cura di G. Perona, Aosta, Le Château Edizioni, 2006, pp. 27-43; L.R. (G. PEYRONEL), *Federalismo, autonomie locali, autogoverno*, in « L'Unità Europea », maggio-giugno 1944, n. 4.

autonomie politico-amministrative, le « autonomie culturali e scolastiche » e le « autonomie economiche ». Tale federalismo — e quest'ultima clausola rappresenta una finale importante qualificazione storico-politica — deve richiamarsi nelle intenzioni dei proponenti la *Dichiarazione* allo « spirito migliore del Risorgimento ». Si parla quindi di un federalismo che è da intendersi nello spirito del Risorgimento italiano, non di federalismi importati da altre culture politiche.

Riassumendo: il termine « federalismo » per gli antifascisti italiani della *Carta di Chivasso* è sostanzialmente una formula statale nuova per l'Italia contemporanea, applicabile sul piano nazionale e da estendersi su quello sovranazionale europeo, per ottenere un regime democratico intrinsecamente antitotalitario, capace di fornire salvaguardie ai: 1) diritti di autonomia culturale, linguistica, di culto e scolastica delle piccole nazionalità e delle minoranze; 2) diritti di larga autonomia politico-amministrativa al territorio attraverso i suoi enti locali e comunitari; 3) diritti di autonomia economica e istituzionale alle classi lavoratrici, e qui la dichiarazione assume un tenore nettamente critico verso il sistema capitalista.

6. *L'autonomia in alcuni processi riformatori federali contemporanei in Europa.*

Nel paragrafo conclusivo di questo contributo appare opportuno dare almeno alcuni cenni sugli aspetti autonomistici, strettamente collegati a concezioni particolari di tipo federale, riguardanti taluni processi riformatori avviati negli ultimi decenni in Europa e non ancora completamente definiti. In particolare ci si soffermerà sui casi spagnolo e belga.

En passant, occorre ricordare che forti aspetti autonomisti contrassegnano anche il federalismo svizzero contemporaneo, fenomeno però di origini tanto antiche da aver assunto nei secoli la consistenza di un 'mito' plurisecolare ⁽⁶⁵⁾. Anche se la moderna Confederazione Elvetica, quale la conosciamo oggi, rappresenta un modello federale più recente, sancito com'è dalla carta costituzio-

⁽⁶⁵⁾ Cfr. E.R. PAPA, *Storia della Svizzera. Dall'antichità a oggi. Il mito del federalismo*, Milano, Bompiani, 1993.

nale federale del 1848, profondamente revisionata e riapprovata nel 1874 sulla base di un'ispirazione derivante dal modello federale americano. Esiste una differenza fondamentale, di qualità statale oltre che di quantità dei componenti, tra la Confederazione postquarantottesca, che in verità è un'autentica federazione, e quella prequarantottesca, che invece fu un organismo confederale al cui interno prevalevano le tendenze autonomistiche sovrane dei Cantoni, nel labile quadro di un debole governo centrale. Il modello federale svizzero è attualmente fondato sulla doppia sovranità della Confederazione e dei Cantoni, nonché su una fortissima autonomia comunale, ma nel riconoscimento che i suoi popoli formano una sola nazione multi-etnica e plurilinguistica. Nella Confederazione Elvetica si è assistito nel tempo a una dialettica tra istanze centralizzatrici federali — giustificate in particolare dalle necessità operative della modernizzazione del Paese in campo economico e amministrativo proprie dello Stato contemporaneo, come la costruzione delle grandi infrastrutture e i servizi sociali nazionali — e spinte autonomiste cantonali e comunali. L'attività del governo federale, il Direttorio, ha favorito la tendenza centralizzante. A questa si sono contrapposte tensioni socioeconomiche rivendicanti l'originaria funzione di auto-governo delle comunità locali e inedite tentazioni separatiste, che però non hanno mai avuto la forza di realizzarsi in movimenti politici vincenti. Il dibattito si è pertanto evoluto lungo le linee di rielaborazione, come in altri contesti, quale l'americano o il tedesco, di una forma di 'federalismo cooperativo' tra federazione e cantoni all'interno del quale si mantiene un intenso carattere autonomista ⁽⁶⁶⁾.

6.1. *Il federalismo delle 'comunità autonome' in Spagna.*

Nelle vicende istituzionali della Spagna democratica postfranchista sono ravvisabili le tracce di una svolta consistente da un modello statale centralista a uno molto autonomista che viene

⁽⁶⁶⁾ Per maggiori approfondimenti rinvio a MALANDRINO, *Il federalismo*, cit., pp. 142-146.

definito « federo-regionale » ⁽⁶⁷⁾, per segnalare la differenza e la peculiarità sia dalla tradizione del regionalismo che del federalismo. Del resto, l'attributo federale non è nuovo nella storia spagnola, sia in considerazione delle modalità di formazione stessa dello Stato nazionale unitario nel Quattrocento — come progressiva unificazione di potenti e autonome entità monarchiche regionali sotto l'egida e « l'unione personale » di Isabella di Castiglia e di Ferdinando d'Aragona —, sia avendo a mente il fatto che già nel 1873-74 vi ebbe luogo l'effimero esperimento della Prima Repubblica avente caratteri autonomisti e democratico-federali — debitori sia negli aspetti sociali che politici del pensiero federalista proudhoniano di Francisco Pi y Margall — che mettevano in luce il ruolo delle 'nazionalità' conviventi all'interno della comune identità spagnola, dalla Catalogna alla Navarra, dai Paesi Baschi alla Galizia. Anche la costituzione della Seconda Repubblica (1931-1939) si distinse per gli aspetti federal-autonomisti conferiti grazie al contributo delle correnti libertarie massicciamente presenti, prima di esser cancellata dal centralismo istaurato dalla dittatura del generale Francisco Franco. Finito nel 1975 il regime franchista, si aprì il triennio costituente democratico che mise capo all'attuale forma di governo monarchico-parlamentare e, al suo interno, al tentativo sancito dalla Carta del 1978 di costruzione di forme di autogoverno locale che si distanziano tanto dalle tradizionali forme dello Stato federale, quanto dal limitato decentramento locale di cui s'è visto l'esempio nella storia italiana. A tale risultato hanno condotto da un lato il desiderio di staccarsi decisamente dalla fisionomia autoritaria e accentrata del franchismo, da un altro lato la spinta prodotta dalle forti tensioni autonomiste presenti in realtà socialmente ed economicamente importanti come la Catalogna e i Paesi Baschi.

A partire dal 1978, il Regno di Spagna trova nell'attributo 'autonomista' la qualificazione più appropriata per la sua intelaiatura istituzionale fondata sul riconoscimento della complessità e della pluralità del proprio carattere nazionale. In esso coesistono « l'unità indissolubile » della nazione spagnola insieme alle Comunità Auto-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. G. TRUJILLO, *Dall'assolutismo al federo-regionalismo*, in *Il federalismo nel pensiero politico e nelle istituzioni*, a cura di E.A. Albertoni, Milano, EURED, 1995, pp. 293-320.

nome suddivise tra « nazionalità » e « regioni »: Galizia, Asturie, Castiglia-Leon, Province Basche, La Rioja, Navarra, Aragona, Catalogna, Madrid, Castiglia-La Mancha, Estremadura, Andalusia, Murcia, Comunità Valenciana, Baleari e Canarie. Esse, insieme ai municipi e alle province, sono dotate di ampi e generali poteri di autogoverno, che ricevono dal titolo VIII della Costituzione. Vi sono due aspetti che giustificano la definizione « federo-regionalista ». In primo luogo, la tutela originaria offerta dalla Costituzione agli statuti autonomisti e la considerazione in essa contenuta dei processi autonomisti come un dato aperto e in divenire, di modo che nuove e più avanzate trasformazioni autonomistico-federali stanno maturando sotto la spinta proveniente dalle istanze di base; in secondo luogo, l'ampiezza della condivisione dei poteri politici, legislativi e amministrativi, degli organi centrali (governo e *Cortes*) con le Comunità, in particolar modo riflessi nel fatto che il Senato (che col Congresso dei deputati forma appunto le *Cortes*) figura come « Camera di rappresentanza territoriale ». Ciò permette di parlare di una « speciale fisionomia federo-regionale » che si riflette nel fatto che « le Nazionalità e le Regioni che compongono la Nazione spagnola godono di una situazione privilegiata che permette loro [...] di raggiungere e mantenere uno status giuridico-politico che fa delle Comunità in cui queste si costituiscono e organizzano un qualcosa di assai simile allo Stato componente di uno Stato federale »⁽⁶⁸⁾. In verità, occorre ricordare che la medesima Costituzione sancisce varie norme che mantengono allo Stato nazionale spagnolo i suoi attributi unitari, come si evince dallo stesso meccanismo della ripartizione di materie di competenza tra Comunità e Stato centrale. Allo Stato sono riservati, in nome della « solidarietà » tra tutte le componenti sociali ed etniche, vasti poteri d'intervento e la sua facoltà legislativa resta preminente in generale e suppletiva anche nelle materie comunitarie. Fatta questa avvertenza, occorre convenire sul fatto che l'interesse forse maggiore del testo costituzionale spagnolo è dato proprio dal suo largo e profondo carattere autonomista.

(68) Cfr. TRUJILLO, *Dall'assolutismo al federo-regionalismo*, cit., p. 317.

6.2. *Le « alchimie » del federalismo autonomista belga.*

Sebbene le Fiandre fossero compartecipi, nel lontano passato, delle vicende confederali del Sacro Romano Impero in quanto possedimento asburgico, il moderno Regno del Belgio si caratterizzò nell'Ottocento per l'adozione di una delle prime costituzioni (1831) tipiche dello Stato di diritto unitario e centralizzato sullo stile francese, che funse da esempio per quelle coeve, tra cui lo Statuto Albertino. Solo negli ultimi decenni, per rispondere positivamente alla spinta crescente delle contrapposte rivendicazioni socio-economiche e politico-culturali, seguite da gravi minacce separatiste, delle due maggiori etnie che lo popolano — la francofona vallona e la fiamminga neerlandese (cresciuta nel secolo fino a divenire la più popolosa) —, si è innescato un laborioso processo di approfondita, e per certi versi drammatica, revisione costituzionale. Che ha condotto a numerose modifiche negli anni Sessanta-Ottanta e, infine, all'approvazione nel 1993 (e alla promulgazione nel febbraio 1994) della trasformazione federalregionalista del paese. Ne ha approfittato anche la minoranza di lingua tedesca, dislocata sul confine con la Germania, per rivendicare e ottenere a sua volta uno statuto autonomista nell'ambito della Vallonia. Il risultato di questo difficile cammino centrifugo — dall'unità statale alla differenziazione — si è coagulato in un pragmatico assetto federale, del tutto peculiare e di faticosa comprensione ⁽⁶⁹⁾, che fa molto discutere giuristi e scienziati politici (peraltro non sembra ancora stabilizzato per l'agitarsi di rinnovate tensioni nelle nazionalità). I tratti di maggior originalità, che fanno distinguere il federalismo pluriculturale belga sia dalla tradizione federale americana, sia da quella continentale europea, s'incentrano sull'esistenza di tre Comunità (francofona, fiamminga, germanofona) e quattro Regioni linguistiche: le tre corrispondenti agli insediamenti delle Comunità e in più la Regione bilingue di Bruxelles. È stabilito costituzionalmente un forte decentramento autonomistico amministrativo a livello di province e comuni (che possono federarsi tra loro).

⁽⁶⁹⁾ Cfr. S.B. GALLI, *Le alchimie del federalismo. La "lunga marcia" del Belgio (1830-1993): percorsi storici, costituzionali e istituzionali*, Firenze, European Press Academic Publishing, 2005.

Non esiste una Camera territoriale o delle Comunità, in quanto la rappresentanza autonomista e i meccanismi di garanzia delle subnazionalità al livello centrale sono ottenute con la costituzione di gruppi politici linguistici nelle due Camere (con divisioni partitiche al loro interno) e, in parte, attraverso un sistema elettorale differenziato (diretto e indiretto, per mezzo di designazioni e cooptazioni) per il Senato. Inoltre con alcune speciali previsioni per cui, per esempio, nel governo nazionale e nelle più alte istituzioni giurisdizionali (Corte di Arbitrato, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato) deve esserci un egual numero di ministri e giudici francofoni e fiamminghi. Esiste poi un singolare dispositivo legislativo, detto « campanello d'allarme » (*sonnette d'alarme*), che impone una procedura eccezionale per determinati provvedimenti legislativi (esclusi il bilancio nazionale o leggi che richiedano una maggioranza speciale) su mozione di uno dei gruppi linguistici, quando siano giudicati « tali da portare grave danno alle relazioni tra le Comunità ».

Il criterio di divisione delle materie di competenza è definito in conformità al principio di sussidiarietà, per cui l'autorità federale è competente solo nelle materie che le sono formalmente attribuite dalla Costituzione e dalle leggi indicate dalla Costituzione stessa. Tutte le altre sono riconosciute alle Comunità e alle Regioni. Ne consegue che le potestà degli organi centrali afferiscono sostanzialmente alle attribuzioni tipiche negli Stati federali, come l'organizzazione dello Stato nazionale, la direzione politica generale, la politica estera, la difesa, ecc. Anche il sistema finanziario-fiscale, fino al 1989 fortemente centralizzato, è oggetto di riforme tese a spostare capacità impositiva alle Regioni, benché ancor oggi il riparto di risorse avvenga sostanzialmente attraverso trasferimenti dallo Stato centrale ai governi locali. D'altra parte, non si deve dimenticare il fatto che il parlamento nazionale si fonda sulla presenza dei gruppi politici linguistici, a garanzia del coordinamento con gli indirizzi di Comunità e Regioni.

ALEJANDRO AGÜERO

AUTONOMÍA POR SOBERANÍA PROVINCIAL.
HISTORIA DE UN DESPLAZAMIENTO CONCEPTUAL
EN EL FEDERALISMO ARGENTINO (1860-1930)

1. Introducción. — 2. El consenso actual y la « confusión » originaria. — 3. Excurso lexicográfico: « autonomía » en la lengua española. — 4. Autonomía, entre historiografía e historia del estado. — 5. Autonomía antes de « autonomía »: fueros, jurisdicción y soberanía. — 6. Federalismo y soberanía dividida. La impronta jurisdiccional. — 7. Invención de la nación (y de la autonomía provincial). — 8. La consagración de la « autonomía provincial »: el autonomismo. — 9. El recuerdo de Mitre y el olvido de la soberanía dividida. — 10. Reacciones tardías y confirmaciones. — 11. Reflexiones finales.

1. *Introducción.*

La doctrina constitucional argentina sostiene hoy que las provincias, como estados de la federación, « no son soberanas » sino « autónomas » ⁽¹⁾. Este aserto funciona no como una mera doctrina pacífica, sino más bien como un dogma del sistema federal. La noción de autonomía, como predicado de la condición de las provincias, permite señalar las diferencias con la soberanía « nacional », precisar las diversas esferas de competencias entre provincias y nación, así como abordar el problema de la integración territorial del país ⁽²⁾. A pesar del carácter evidente que se adjudica hoy a la

⁽¹⁾ G. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, p. 445; N. P. SAGÜES, *Elementos de derecho constitucional*, 2 voll., Astrea, Buenos Aires, 1997², I, p. 281.

⁽²⁾ Hasta mediados del siglo XX, más de la mitad del territorio argentino no integraba provincias sino « territorios nacionales » sujetos al poder ejecutivo nacional. Desde 1991 no quedan territorios nacionales, sin embargo, la referencia es importante porque, sobre la base de dicha distinción, operó el proceso de conquista, con exterminio de población nativa, a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. Véase *Diez territorios*

distinción entre autonomía y soberanía, la misma fue el resultado de un desplazamiento conceptual históricamente determinado por el proceso de construcción estatal. En ese contexto, el término autonomía fue paulatinamente introducido como sinónimo de « soberanía provincial », expresión que había sido utilizada de forma exclusiva por los primeros publicistas e intérpretes del nuevo orden constitucional sobre la base del texto de 1853-1860.

A diferencia de otros conceptos políticos fundamentales, cuya historicidad ha sido bien estudiada ⁽³⁾, la noción de autonomía ha seguido operando de manera naturalizada, no sólo en el lenguaje constitucional sino, particularmente, en la narrativa histórica argentina. Este uso ha ocluido, a nuestro juicio, la posibilidad de considerar el papel que jugó esa palabra en la conformación semántica del concepto de « soberanía nacional ». Como procuraremos mostrar en estas páginas, en el curso de la segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del XX, la palabra « autonomía » terminó por reemplazar a la vieja noción de « soberanía provincial », reflejando este cambio, a su vez, el abandono de la tesis fundacional de la « soberanía dividida ».

Nuestro enfoque apunta a poner en primer plano la historicidad propia de un proceso de sustitución terminológica que, como se ha señalado para otros conceptos, no operó de modo explícito en el nivel de las « ideas políticas » sino en el de « los *lenguajes políticos* » subyacentes, esto es, el modo en que habrían de definirse las categorías políticas fundamentales (« soberanía », « pueblo », « representación », « opinión pública ») ⁽⁴⁾. Desde esta perspectiva, la

nacionales y catorce provincias. Argentina 1860-1950, a cura di M. A. BUCCIARELLI, Buenos Aires, Prometeo, 2012. Sobre un proceso similar, en otro contexto, B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005.

⁽³⁾ Entre otros, R. D. SALAS, *Lenguaje, Estado y Poder en el Río de la Plata (1816-1827)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998; *Lenguaje y revolución. Conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780-1850*, a cura di N. GOLDMAN, Buenos Aires, Prometeo, 2008; *Diccionario político y social del mundo iberoamericano. La era de las revoluciones, 1750-1850*, a cura di J. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

⁽⁴⁾ E. PALTÍ, *Las polémicas en el liberalismo argentino. Sobre virtud, republicanism y lenguaje*, in *El republicanismo en Hispanoamérica: ensayos de historia intelectual*

consagración de la expresión « autonomía provincial » puede ser comprendida como un paso más, algo oculto, pero decisivo, en el proceso de redefinición del concepto de « soberanía » como atributo excluyente del estado nacional.

Partiendo del consenso actual, buscaremos desandar el derrotero lexical de la palabra « autonomía », poniendo de relieve el entrelazamiento de los diversos usos que fue recibiendo en la historiografía y en el lenguaje político. Esta propuesta de reconstrucción, que no pretende ser exhaustiva, nos obliga a cruzar una y otra vez las fronteras entre historiografía, historia y lenguaje político, para considerar cómo en la intersección de esos diversos juegos de lenguaje, se forjó el actual concepto de « autonomía provincial » y adquirió su lugar de contracara de la soberanía nacional, en el léxico del federalismo argentino.

2. *El consenso actual y la « confusión » originaria.*

La teoría constitucional argentina da escasa relevancia al carácter histórico de la distinción entre soberanía y autonomía. Las exposiciones más comunes tienden a retrotraer el consenso actual, afirmando que al momento de conformarse la federación, en 1853, las provincias « renunciaron a su soberanía y devinieron en autónomas » (5). Sin embargo, a la luz de los testimonios históricos, tal afirmación es insostenible. La diferencia entre « autonomía » y « soberanía » no figuraba en el texto de la Constitución de 1853 (ni en el de su reforma de 1860), y tampoco, como veremos, formaba parte del instrumental doctrinario de aquel contexto. Su introducción en el léxico político constitucional fue posterior, reflejándose en el texto normativo sólo desde la última reforma de 1994 (6).

y política, a cura de J.A. AGUILAR y R. ROJAS, Fondo de Cultura Económica - CIDE, México, 2002, pp. 167-209, p. 171.

(5) A. A. SPOTA (h), *El alcance de la autonomía provincial a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in A diez años de la Reforma Constitucional de 1994. Encuentro Nacional de Jóvenes Docentes de Derecho Constitucional*, Córdoba, El Encuentro, 2004, pp. 773-791, p. 774.

(6) Hecha la salvedad del texto de 1949 que estuvo vigente hasta 1955. En el texto reformado de 1994, « autonomía », como predicado no sólo de las provincias, sino

Cuando se advierte el desfasaje entre el uso actual de ambos conceptos y las fuentes históricas (que hablan de soberanía provincial y no de autonomía), se lo suele explicar invocando una suerte de « confusión » originaria que, como se verá, habría afectado al lenguaje político desde la ruptura colonial (1810) en adelante, alcanzando a los redactores y miembros de las convenciones constituyentes, e incluso a la jurisprudencia de la Corte Suprema hasta 1926. Así, la palabra « autonomía » expresaría hoy, con precisión científica, aquello que querían decir las fuentes decimonónicas cuando se referían a la « soberanía provincial ». Para dicho punto de vista, la noción de « soberanía provincial », esgrimida por las elites locales a lo largo del XIX, era inadecuada puesto que su significado excedía las intenciones meramente « autonomistas » de quienes la utilizaban (7). Como lo expresó Zorraquín Becú, en 1939, se trataba de un « vocabulario » no adecuado « al pensamiento » (8).

La idea de que la expresión « soberanía provincial » era inadecuada venía abonada, a su vez, por otra « confusión » típica del contexto: la que llevaba a utilizar de manera indistinta las nociones de « federación » y « confederación » (9). Cuando la técnica constitucional de finales del XIX y comienzos del XX hubo establecido las diferencias teóricas entre ambos conceptos, habría dejado de tener sentido atribuir soberanía a los miembros de una simple « federación » (10). Siendo así, el reemplazo de la expresión « soberanía provincial » por el término « autonomía » no representaría más que un caso de depuración propio de un léxico transicional.

de universidades y otros organismos, aparece en los artículos 123, 129, 75 inc. 19, 85, 86 y 120 de la Constitución.

(7) Eran excesivas en tanto que no implicaban una negación de las expectativas comunes de « unión nacional », E.H. CELESIA, *Federalismo Argentino. Apuntes Históricos 1815-1821*, Buenos Aires, Librería Cervantes, 1932, tomo II, p. 145.

(8) R. ZORRAQUÍN BECÚ, *El federalismo argentino* (1939), Buenos Aires, La Facultad, 1953², p. 131.

(9) J. C. CHIARAMONTE, *El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX*, in *Federalismos Latinoamericanos: México/ Brasil/ Argentina*, a cura di M. CARMAGNANI, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 81-132, pp. 86-87.

(10) Sobre este tópico, A. LEVAGGI, *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2007.

Es posible, sin embargo, que la apelación a una « confusión » del lenguaje usado en el contexto de origen, ocluya la densidad del proceso político que determinó la consagración del consenso actual sobre ambos términos. A esa oclusión habría contribuido, además, la naturalización y extendido uso que la historiografía hizo, y hace, de la palabra « autonomía », aplicándola a diversos contextos institucionales en los que se conjugan ámbitos o aspiraciones colectivas de libertad localizadas en contextos políticos de mayor alcance ⁽¹¹⁾. Como habremos de sugerir aquí, el temprano uso de la palabra « autonomía » como categoría historiográfica, habría ayudado a neutralizar las implicancias políticas del cambio y las tensiones que se jugaron, tanto en el plano de la acción política como en el de la teoría jurídica, durante el proceso de construcción de una estatalidad de base nacional.

Para comenzar a desandar el camino de la referida sustitución terminológica, es necesario que hagamos un breve excursu lexicográfico sobre la palabra autonomía en la lengua española, a fin de determinar su campo semántico al momento de su adopción generalizada como categoría historiográfica y como concepto político. Con estos elementos podremos intentar después una caracterización de los términos utilizados en épocas precedentes, y perfilar así la relación entre los contextos políticos y los desplazamientos conceptuales.

3. *Excursu lexicográfico: « autonomía » en la lengua española.*

Como en casi todas las lenguas europeas, una vez recuperada de la tradición clásica por el pensamiento ilustrado, la palabra autonomía comenzó a usarse en español a comienzos del siglo

⁽¹¹⁾ Entre otros, J. M. PORTILLO VALDÉS, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la Monarquía Hispánica*, Madrid, Fundación Carolina-Marcial Pons, 2006. Para un escenario diverso, U. NICOLINI, *Autonomía e diritto proprio nelle città italiane del Medio Evo*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, a cura di Norbert Horn, München, C. H. Beck, 1982, t. I, pp. 249-267.

XIX⁽¹²⁾. Rubios Pobes ha señalado, sin embargo, que en España su uso en el leguaje constitucional sólo se evidencia hacia finales de ese siglo, destacando también su tardía incorporación a los diccionarios usuales de la Real Academia Española que la incluyeron por primera vez en la 11ª edición de 1869⁽¹³⁾. Si bien este dato es correcto, debe añadirse que para entonces la palabra ya tenía un rodaje en obras lexicográficas que merece destacarse.

En 1825, la voz « autonomía » aparece entre una de las 5000 palabras agregadas al diccionario académico de 1822 por Núñez de Taboada. Allí se la define como « Libertad de gobernarse por sus propias leyes »⁽¹⁴⁾. La misma definición es reproducida en el famoso diccionario jurídico de Escriche (al menos en la edición mexicana de 1837 y la de Valencia de 1838) aunque con un matiz ilustrativo referido al adjetivo « autónomo », digno de mencionar: « El que se gobierna por sus propias leyes, como por ejemplo, algunas provincias que siendo parte integrante de un estado tienen sin embargo sus leyes particulares »⁽¹⁵⁾. Más significativos son aun los matices que aparecen en la edición de 1851, con « notas y adiciones sobre el derecho americano », del mismo diccionario de Escriche, en donde a la « libertad de gobernarse por sus propias leyes... », como signi-

(12) C. RUBIO POBES, *Autonomía*, in *Diccionario político y social del siglo XIX español* a cura di J. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN - J. F. FUENTES, Madrid, Alianza, 2002, pp. 108 a 111, p. 108. Jellinek señala a Grocio como precedente del uso de la palabra autonomía aplicada al poder del Estado a partir de la expresión con que Tucídides se refiere a Delfos. G. JELLINEK, *Teoría general del Estado* (1900), trad. de Fernando de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1954, p. 330.

(13) RUBIO POBES, *Autonomía*, cit., p. 108. El mismo dato registra R. Polo, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional*, Madrid, Universidad Carlos III, p. 19, obviando las obras de la primera mitad del XIX que citamos a continuación, aunque con importante referencia para la cuestión en la historia española.

(14) M. NÚÑEZ DE TABOADA, *Diccionario de la lengua castellana, para cuya composición se han consultado los mejores vocabularios de esta lengua y el de la Real Academia Española, últimamente publicado en 1822; aumentado con más de 5000 voces o artículos que no se hallan en ninguno de ellos*, 2 voll., París, Seguin, 1825, I, p. 162.

(15) J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense [...], con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, México, Galván, 1837, p. 58; véase también la edición en Valencia, por Ferrer de Orga, 1838, p. 50. Esta edición fue reimpressa en Caracas, en 1840, Imprenta de Valentín Espinal.

ficado de « autonomía », se agrega al final la expresión « o fueros ». El detalle no es menor, atendiendo al contexto de las guerras carlistas en España, más aun, cuando en la acepción del adjetivo « autónomo, ma », además de la referencia a las « leyes o fueros particulares » de las provincias que integran una nación, se agregan un par de ejemplos con nombres propios: « La Navarra, por ejemplo, y Las provincias Vascongadas, son autónomas, porque se gobiernan por leyes distintas de las que rigen a las demás provincias de Españaz » (16).

Como punto de contraste, resulta interesante advertir que, mientras en París se publicaba la citada edición del Escriche, en Madrid salía al año siguiente el Gran Diccionario de la Lengua Española de Castro y Rossi, en el que « autonomía » parecía querer restringirse a una suerte de reliquia de la época clásica, siendo enunciada como la « Facultad que tenían de gobernarse por sí mismas algunas ciudades griegas conquistadas por los romanos ». En ese mismo sentido pasado, el adjetivo « autónomo » aparecía aplicado a « las ciudades griegas que tenían el derecho de vivir por su propia ley, y también a las cosas a ellas pertenecientes, como la monedas, etc. » (17).

El contrapunto refleja, en cierta medida, las tensiones que atravesaban el lenguaje político decimonónico. Incluso cabe agregar que un año más tarde, en 1853, la palabra era recogida en dos diccionarios enciclopédicos que nos proporcionan algún otro dato relevante. Por un lado, el de Ramón Domínguez, en donde se introducen: a) una acepción relativa a la mitología (« Autonomía: una de las cincuenta Nereidas); b) la etimología griega de la palabra y su definición como « Derecho de dictar leyes uno mismo, o de no reconocer otras »; c) una referencia histórica a las ciudades griegas y d) una remisión filosófica al « sistema de Kant » que vincula la autonomía con la condición de la razón en el campo moral; por último una acepción relativa a la política (precedida de la abrevia-

(16) J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición corregida y aumentada*, París, Librería De Rosa, Bouret y Cía., 1851, p. 311 (itálica original).

(17) A. DE CASTRO Y ROSSI, *Gran Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, Madrid, Semanario Pintoresco y de La Ilustración, 1852, p. 324.

tura « Polít »): « Especie de republica en que el pueblo elige sus gefes y toma parte en todo acto gubernamental » (18). La acepción política muestra así, por un lado, un objeto que, por el modo de enunciación, parece contemplarse como caso marginal (« una especie de... »), sin embargo, junto con la clásica potestad normativa, aparecen ahora notas que remiten a la elección de la autoridad y a la participación en los actos de gobierno.

Finalmente, en el diccionario enciclopédico de Gaspar y Roig, de 1853, la palabra autonomía aparece adscripta a un único campo disciplinar que sería su ámbito de desarrollo por antonomasia: la « Administración ». Allí también se la define como un fenómeno clásico aplicable al presente; en la composición semántica, la idea de « administración propia » desplaza otros elementos, al tiempo que su aplicación por extensión demuestra la mayor difusión y versatilidad del término, como la posibilidad de estar referido a un « vecindario »:

Autonomía: s. f. Adm.: facultad que tenían de gobernarse por sí mismas algunas de las ciudades griegas conquistadas por los Romanos. Por extensión se dice de la facultad de todo pueblo o vecindario para tener administración propia e independiente (19).

Más allá de otros itinerarios posibles, este breve excursus nos ofrece algunos indicios de cómo se fue consolidando el término « autonomía » hacia la mitad del siglo XIX y de qué forma su significado fue incorporando diversas notas según los contextos. Quizás lo más significativo para nuestro interés sea, por un lado, su conexión con el lenguaje de la tradición foral, puesto que, como se ha dicho, la noción de « autonomía » se habría asentado en el léxico de quienes aspiraban a una resignificación de la tradición foral bajo la forma de opciones federativas (20). Por otra parte, es importante destacar la adscripción final de la palabra al campo de la « administración », algo que explicaría que su difusión se conjugara con otros significantes típicos como « centralización » y « descentralización »,

(18) J. R. DOMÍNGUEZ, *Suplemento al Diccionario Nacional o Gran Diccionario Clásico de la Lengua Española*, Madrid-París, Mellado, 1853⁵, p. 66.

(19) *Biblioteca Ilustrada de Gaspar y Roig. Diccionario enciclopédico de la lengua española*, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, 1853, t. I, p. 282.

(20) RUBIO POBES, *Autonomía*, cit., pp. 108, 109, 111.

con los que guarda una estrecha conexión por integrarse en el mismo marco de posibilidades que ofrecía ese nuevo campo de jurídico.

También en el mundo hispanoamericano las opciones federativas vendrían de la mano de una apuesta por la conservación de esferas de autorregulación con reminiscencias forales. Como hemos dicho antes, la historiografía ha usado la noción de autonomía para dar cuenta de esos posicionamientos con relación al ejercicio de poderes que, arraigados en la tradición hispano-colonial, o inspirados en las nuevas corrientes iusnaturalistas, hicieron eclosión a partir de 1808 ⁽²¹⁾. En tanto que nuestro interés aquí pasa por rastrear el progresivo uso del término en el lenguaje político constitucional, no es este el lugar para discutir la pertinencia de ese uso historiográfico que remite a épocas en las que la palabra todavía no formaba parte del vocabulario disponible por los actores. Sin embargo, si ciertos usos han sido leídos como una resignificación de tradiciones precedentes, conviene considerar, a grandes rasgos, las condiciones en las que el término se incorporó al campo historiográfico para determinar su relación con los elementos provenientes de la tradición. Para ello es necesario que volvamos, brevemente, sobre la historiografía.

4. *Autonomía, entre historiografía e historia del estado.*

Se ha dicho que el desarrollo de la historiografía jurídico-política estuvo íntimamente vinculado al complejo proceso de construcción estatal-nacional que ocupó buena parte del siglo XIX ⁽²²⁾. Entre otras formas, ese vínculo operó mediante la retroproyección de los rasgos básicos de la estatalidad decimonónica, particularmente los del nuevo dominio de la Administración, como categorías universales presentes en cualesquiera organizaciones sociopolíticas

⁽²¹⁾ PORTILLO VALDÉS, *Crisis Atlántica*, cit., pp. 22-28 y 60-103. Sobre el caso específico del Río de la Plata, J. C. CHIARAMONTE, *Autonomía e Independencia en el Río de la Plata, 1808-1810*, in «Historia Mexicana», LVIII (2008), 1, pp. 325-368.

⁽²²⁾ C. GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, in «ISTOR, Revista de Historia Internacional», IV (2004), 16, pp. 13-44, p. 13.

precedentes ⁽²³⁾. A la sombra de los nuevos sentidos que el estatismo de base nacional imprimía a los conceptos políticos fundamentales, es plausible sugerir que la palabra autonomía, referida a la distribución territorial del poder, hubiera comenzado a cobrar sentido cuando los cuestionamientos a los ideales uniformadores del primer liberalismo dieron paso a una revalorización de los ámbitos e intereses municipales en el campo de la administración ⁽²⁴⁾.

Es sintomático del carácter novedoso de la palabra, que no apareciera en las obras del prolífico Martínez Marina, producidas entre 1808 y 1820. Tampoco se la registra en la traducción castellana de 1820 del «Curso de política constitucional» de Constant en el que, sin embargo, ya hay una crítica al ideal de «unidad absoluta» de la administración, con una teorización sobre el «poder municipal» que venía a justificar la necesidad de un «federalismo» interior para encauzar los intereses de localidad. El traductor castellano celebraba, sin embargo, que, en armonía con esas «admirables doctrinas», ya la Constitución de 1812 hubiera «devuelto a los pueblos lo que era suyo». No obstante, no se habla de «autonomía»; el concepto utilizado sigue siendo el del antiguo «gobierno político y económico de los pueblos» ⁽²⁵⁾.

Siguiendo la línea lexicográfica que hemos visto, ya en la segunda mitad del siglo XIX aparece la expresión «autonomía municipal» como categoría historiográfica que permitía dar cuenta de un pasado de libertades comunales perdidas tras el triunfo del principio monárquico en el siglo XVI ⁽²⁶⁾. Para ese entonces, en España, el proyecto de constitución federal de 1873 atribuía a los

⁽²³⁾ L. MANNORI, *Justicia y Administración entre antiguo y nuevo régimen*, in «RJUAM - Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid», 15-I, 2007, pp. 123-146.

⁽²⁴⁾ Desde otra perspectiva, señalando la ausencia de la palabra autonomía en ese contexto, POLO, *Centralización*, cit., p. 25 y ss.

⁽²⁵⁾ B. CONSTANT, *Curso de política constitucional, traducido libremente al Español por D. Marcial Antonio López*, Madrid, Imprenta de la Compañía, 1820, tomo II, pp. 9, 13, 18 y 19. Sobre el sentido de ese «gobierno político y económico de los pueblos», B. CLAVERO, *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*, in «Quaderni Fiorentini», 24, 1995 pp. 419-465.

⁽²⁶⁾ La derrota de los comuneros en 1521 habría significado el fin de «la antigua autonomía y la jurisdicción forera» A. SACRISTÁN Y MARTÍNEZ, *Municipalidades de*

Estados una « completa autonomía económico-administrativa y toda la autonomía política compatible con la existencia de la Nación », concediendo también a los municipios, en su esfera de gobierno, « autonomía administrativa, económica y política », lo que reflejaba un uso ya asentado sobre las precisiones introducidas por el lenguaje « administrativo » (27). Las nociones de « autonomía » y « descentralización » — que respondían a ese nuevo campo — se consolidarían como conceptos adecuados para describir aquellos casos que rompían con la supuesta centralización que la propia historiografía había proyectado sobre el estado pre-contemporáneo (28).

Un buen ejemplo de este uso, que nos acerca a nuestro escenario de estudio, lo encontramos en los trabajos que publicó Rafael Altamira entre los años 1944 y 1945, retomando conferencias pronunciadas en 1938, bajo el título de « Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español ». Preocupado por rebatir las tesis que entonces atribuían al gobierno colonial español los caracteres de asimilación y uniformidad, Altamira encontraba en esas palabras (« autonomía y descentralización ») la mejor forma de dar cuenta de fenómenos tan ostensibles como el ejercicio de potestades normativas por los municipios coloniales, lo que él llamaba « autonomía propiamente dicha », distinguiéndola de otras expresiones que eran fruto de alguna forma de « descentralización del orden legislativo » por vía de delegación (29). Sin embargo, dichas nociones de autonomía y descentralización aparecían orientadas, como no podía ser de otro modo, por el paradigma estatal y

Castilla y León. Estudio histórico-crítico (1877), a cura di A. M. Guilarte, Madrid, Instituto de Estudio de Administración Local, 1981, pp. 423 y 428.

(27) Sobre la construcción de ese nuevo campo disciplinar, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001. Para « autonomía » en este ámbito en Argentina, A. CASAGRANDE, *Autonomía y descentralización en la construcción del Estado argentino (1860-1940). Por una historia política de los conceptos jurídico-administrativos*, en este volumen. El proyecto federal español en www.cervantesvirtual.com.

(28) Véase, A.M. HESPANHA, *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVIII)*, Madrid, Taurus, 1989, p. 439 y ss.

(29) R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español. Siglos XVI a XVIII, (1944-1945)*, a cura di M.R. Pugliese, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2011, pp. 73 y 210.

legalista del campo jurídico. Por esta razón, ante evidencias difícilmente encuadrables en ese paradigma, Altamira tenía que recurrir a ciertas modulaciones obscuras, como la noción de autonomía « ilícita », para englobar costumbres *secundum* y contra *legem* y otras formas de derecho en cuya producción participaban los « súbditos o gobernados ». Atrapado en su marco de posibilidades, el autor terminaba por reconocer las limitaciones de su enfoque: « La fuerza convincente de todos estos hechos comprobados supera en mucho a todo razonamiento » (30).

El caso de Altamira es ilustrativo de las condiciones de enunciación que daban sentido al término « autonomía » en el contexto de la historiografía institucional de comienzos del siglo XX, vinculando su significación a la idea de legislación estatal y a los procesos de descentralización política y administrativa. Esta distinción podía tener cierta relevancia, en tanto que la « autonomía política » se diferenciaba de la mera « descentralización administrativa » (31). Sin embargo, como contra-conceptos de « centralización », ambos comparten un mismo marco de sentido derivado del presupuesto de unidad originaria implicado en este último concepto. Desde este punto de vista, autonomía y descentralización no sólo no representan elementos opuestos a la centralización, sino que la presuponen (32).

La crítica meta-historiográfica al modelo estatalista abrió nuevas perspectivas, asumiendo las dificultades que entrañaban retroproyecciones de conceptos tan basilares como estado, nación, ley, individuo, etc. Atenta a esos nuevos horizontes, la historiografía de finales del siglo XX siguió usando, no obstante, el término « autonomía », aunque no ya necesariamente bajo los mismos condicionantes estatalistas. Con dicha palabra podía ahora hacerse referencia

(30) Ivi, p. 211.

(31) Ivi, pp. 69-70.

(32) Adolfo Posada advirtió esa implicancia, aunque la consideró como un presupuesto histórico (partiendo de la supuesta centralización de Antiguo Régimen). Véase R. Polo, *Centralización*, cit., p. 184, para el análisis a la obra de Posada en este aspecto, aunque la autora no se pronuncia sobre la implicancia conceptual (no histórica) que aquí señalamos.

al característico pluralismo jurisdiccional del *Ius Commune* ⁽³³⁾, o bien, dar cuenta de la personalidad de los sujetos colectivos, en el marco de una cultura de sólidos fundamentos corporativos. En este contexto, la « autonomía » de las ciudades de antiguo régimen vino a ser vista como una consecuencia de su propia « naturaleza » corporativa ⁽³⁴⁾.

Los ejemplos serían infinitos; lo que interesa, sin embargo, es destacar que ese mismo proceso de crítica metodológica, al dar relevancia a la alteridad del lenguaje tradicional, creó las condiciones para recuperar el sentido local de los términos que designaban, antes de que la palabra existiera, aquello que los historiadores aprendieron a llamar « autonomía ». Una rápida alusión a ellos es necesaria para dimensionar el espacio discursivo que vendría a ser ocupado por la voz « autonomía ». Nuestro análisis se centrará aquí en la experiencia previa a la conformación constitucional argentina.

5. *Autonomía antes de « autonomía »: fueros, jurisdicción y soberanía.*

Cuando se habla de « autonomía » en el orden colonial, se suele hacer referencia a las potestades gubernativas y jurisdiccionales ejercidas por los municipios y, en ocasiones, para hablar de otras instituciones coloniales que, al amparo de las distancias, ampliaban su margen de acción. Aunque lejano en el tiempo, aquel primer uso se relaciona con el lenguaje foral en tanto que esas potestades eran ejercidas en virtud de privilegios fundacionales que implicaban la concesión de « fueros, franquezas y libertades » incluyendo, por lo general, la jurisdicción ordinaria « con mero mixto imperio ». Cada « república » así constituida era sede de un gobierno político y económico — privativo del concejo local — y de la jurisdicción

⁽³³⁾ Por ejemplo, J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 203 y ss.

⁽³⁴⁾ Una síntesis en A. AGÜERO, *Ciudad y poder político en Antiguo Régimen. La tradición Castellana*, in *El derecho local en la periferia de la Monarquía Hispánica. El Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVII-XVIII*, a cura di V. TAU ANZOÁTEGUI y A. AGÜERO, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2013, pp. 121-184.

ordinaria, aunque en algunos casos ésta fuera ejercida también por una autoridad de designación real (gobernadores, corregidores, etc.). Este esquema esencial se mantuvo incólume no obstante las tensiones a las que fue sometido durante las « reformas borbónicas » (35).

La crisis, monárquica e imperial, desatada tras la invasión napoleónica, exigió dar respuestas a situaciones inéditas y dio ocasión para abordar una discusión constitucional latente desde las décadas precedentes (36). Ello implicó una serie de desplazamientos en el lenguaje político. El término « soberanía » se difundió con profusión, convirtiéndose en un concepto « bisagra » que marcó los antagonismos surgidos del desmembramiento del Imperio (37). No es el caso adentrarse aquí en este conocido tópico; lo traemos sólo para señalar que la crisis de la « soberanía imperial » inició un proceso de resignificación de la soberanía, que comenzó bajo el argumento de la retroversión al pueblo y se fragmentó luego en tantos pueblos como « repúblicas » se sentían con derecho a tener « igual parte en la soberanía » (38).

El frustrado intento de la Constitución de Cádiz de atribuir la soberanía a una nación de alcance bihemisférico, vino a reforzar las invocaciones locales de soberanía (39). En tanto que esas invocaciones no se hacían con pretensión de excluir posibilidades de integración en unidades políticas compuestas, sino sólo de mantener lo que habían sido los propios ámbitos de poder local, los historiadores hablan de « soberanía interina », « soberanía relativa » o, sencillamente, de « autonomía », para dar cuenta de eso que, en la época, comenzaría a llamarse como soberanía « de los pueblos y provincias » (40). Las tensiones surgidas en diversos rincones del orbe hispano quedarían planteadas así en términos de un conflicto entre

(35) AGÜERO, *Ciudad y poder político*, cit., pp. 121-184.

(36) Véase, *El momento gaditano. La constitución en el orbe hispánico (1808-1820)*, a cura di M. Lorente, J. M. Portillo, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012.

(37) Cfr. *Lenguaje y revolución*, cit., pp. 14-15.

(38) PORTILLO, *Crisis Atlántica*, cit., p. 97.

(39) J. ADELMAN, *Sovereignty and Revolution in the Iberian Atlantic*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 187-189.

(40) CHIARAMONTE, *El federalismo argentino*, cit., pp. 109-113; J. M. PORTILLO, *Crisis Atlántica*, cit., p. 89; M. T. CALDERÓN, C. THIBAUD, *La Majestad de los Pueblos en*

este sentido plural y agregativo de la soberanía y su adjudicación en forma unitaria a una nación de imprecisa configuración ⁽⁴¹⁾. Si en este último extremo se situaba la noción de soberanía indivisible del liberalismo unitario, bajo el primero yacía la impronta de las antiguas jurisdicciones ordinarias reconvertidas en soberanías provinciales», o bien, «la soberanía entendida como justicia en manos de las comunidades» ⁽⁴²⁾.

Esos serían los términos conflictivos más difíciles de superar en las discusiones constitucionales en el Río de la Plata ⁽⁴³⁾. Los primeros ensayos constituyentes contienen diversas referencias que remiten a aquella concepción jurisdiccional de las nuevas «soberanías provinciales». Junto con ellas, otros estratos muestran la influencia de la experiencia norteamericana. Por una u otra vía, la «soberanía provincial» ingresaría a la primera convención constituyente de 1813. Según el llamado «proyecto de constitución federal», cada provincia «retiene su soberanía, libertad o independencia, y todo poder, jurisdicción y derecho, que no es delegado expresamente por esta confederación a las Provincias Unidas juntas en Congreso» ⁽⁴⁴⁾. El texto remite casi literalmente al punto segundo de los Artículos de la Confederación de 1777 ⁽⁴⁵⁾. La misma impronta se manifiesta en las célebres «instrucciones de la Banda Oriental», en las que se hace explícita la idea de implantar un

la Nueva Granada y Venezuela 1780-1832, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia - Taurus, 2010, p. 123.

⁽⁴¹⁾ J. C. CHIARAMONTE, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires, Sudamericana, 2004, p. 64 e ss.

⁽⁴²⁾ A. ANNINO, *Imperio, constitución y diversidad en la América Hispana*, in «Nuevo Mundo Mundos Nuevos», <http://nuevomundo.revues.org/33052>; DOI: 10.4000/nuevomundo.33052, § 52.

⁽⁴³⁾ G. VERDO, *L'indépendance argentine entre cités et nation (1808-1821)*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2006, p. 132 y ss.; M. TERNAVASIO, *Gobernar la revolución. Poderes en disputa en el Río de la Plata, 1810-1816*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

⁽⁴⁴⁾ Proyecto de Constitución de Carácter Federal (1813), art. 2, disponible en www.cervantesvirtual.com.

⁽⁴⁵⁾ Articles of Confederation and perpetual Union, 1777: «Article II. Each state retains its sovereignty, freedom, and independence», in *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe*, a cura di L. GRAUS, 3 voll., Madrid, Universidad Carlos III, v. III, p. 370.

sistema que asegure como « inviolable » la « Soberanía de los Pueblos » (46).

Las relaciones intertextuales entre estas primeras manifestaciones confederativas rioplatenses y la experiencia norteamericana constituyen un lugar común en la historiografía constitucional argentina (47). Sin embargo, por debajo de ellas, yacían también aquellos otros sentidos más ligados a las tradiciones vernáculas, indicativos, en algunos casos, de la explícita conexión entre la nueva « soberanía provincial » y los antiguos privilegios municipales. Las instrucciones otorgadas por algunas ciudades del interior para concurrir a la convención de 1813 son bien expresivas en este punto. Algunas ponen en primer plano el encuadre típicamente jurisdiccional, instruyendo a sus representantes, por ejemplo, para que en el nuevo orden, todas las « causas civiles o criminales de cualquier gravedad o entidad » fueran sustanciadas y concluidas en el propio territorio, con « todos los grados y recursos » incluyendo la última « suplicación » (48). En otras, esa matriz jurisdiccional subyacente, enunciada incluso a veces como « majestad » (49), resulta explícitamente ligada al lenguaje fundacional. Así, en las instrucciones de La Rioja, se dice:

Que este pueblo quiere se le conserve en toda su integridad de mero y mixto imperio, que adquirió al tiempo de su fundación y *es equivalente a la soberanía*, que tiene y debe poseer sobre toda la extensión territorial...

La instrucción agrega que, como consecuencia de conservar

(46) A. FREGA, *Soberanía y orden en la Banda Oriental del Uruguay. Espacios de frontera y tiempos de revolución*, in *El laboratorio constitucional iberoamericano, 1807/1808-1830*, a cura di A. ANNINO, M. TERNAVASIO, Frankfurt am Main, Vervuert, 2012, pp. 237-260, p. 244.

(47) Entre otros, A. DEMICHELI, *Formación Constitucional Rioplatense*, Montevideo, Comisión Nacional de Homenaje a Artigas, 3 voll., 1955; A. GONZÁLEZ, *Las primeras fórmulas constitucionales en los países del plata (1810-1814)*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1962.

(48) *Actas capitulares de Córdoba 1808-1813*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2010, p. 105.

(49) Un diputado « siempre tratará de sostener la majestad de su pueblo », en palabras que se atribuyen al representante de Tucumán en 1813, GONZÁLEZ, *Las primeras*, cit., p. 214. Sobre ese sentido de majestad, CALDERÓN, THIBAUD, *La Majestad*, cit., p. 41 y ss.

dichas potestades « quiere también [ese pueblo] gobernarse por sí solo... sin dependencia alguna de las Capitales de provincia ». La conservación de ese ámbito de poder, así expresado, no se era incompatible con una Asamblea soberana y constituyente a la que se reconocía como superior, excluyendo, al mismo tiempo, otros superiores intermedios como la capital provincial ⁽⁵⁰⁾. La construcción del soberano venía así dictada por una lógica gradual y agregativa, definida por el reconocimiento jurisdiccional de una jerarquía común, operando, a su vez, en sentido *defensivo* del acervo tradicional de privilegios locales ⁽⁵¹⁾.

Habiendo fracasado los intentos posteriores por establecer un orden basado en la unidad de la soberanía nacional (1819 y 1826), sobre aquellas bases los viejos municipios devendrían en provincias soberanas, estableciendo lazos de relación paritaria regidos por los principios del *ius gentium* ⁽⁵²⁾. Estos fueron los elementos basilares de una Confederación Argentina cuya unidad, promediando la década de 1830, se basaba en la designación del gobernador de Buenos Aires como « encargado » común de las relaciones exteriores, estando internamente sostenida por un juego de pactos y lealtades personales que se prolongaría hasta la caída del caudillo Juan Manuel de Rosas en 1852. La convención constituyente surgida en este contexto se vería condicionada por aquellas premisas de relaciones paritarias entre « estados soberanos », algo que llevaría a la separación de Buenos Aires bajo el argumento, entre otros, de los agravios comparativos que significaba la representación igualitaria

⁽⁵⁰⁾ Las instrucciones de La Rioja, 4 de febrero de 1813 en GONZÁLEZ, *Las Primeras*, cit., p. 234 (italicas no originales).

⁽⁵¹⁾ El sentido *defensivo* histórico, diferente al sentido positivo o *de ataque* de la soberanía moderna, fue propuesto por JELLINEK, *Teoría general*, cit., p. 341.

⁽⁵²⁾ CHIARAMONTE, *El federalismo argentino*, cit., pp. 81-132. Sobre el proceso de transformación de los municipios en provincias, M. TERNAVASIO, *La supresión del cabildo de Buenos Aires: ¿crónica de una muerte anunciada?*, in « Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana 'Dr. Emilio Ravignani' », Tercera serie, 21, 2000, pp. 33-73; A. AGÜERO, *La extinción del cabildo en la república de Córdoba, 1815-1824*, in « Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana 'Dr. Emilio Ravignani' », Tercera Serie, n. 37, 2012, pp. 43-84.

dadas las notables diferencias de población y poderío económico ⁽⁵³⁾.

6. *Federalismo y soberanía dividida. La impronta jurisdiccional.*

Bajo la lógica de aquellos precedentes, durante el contexto de debate y sanción de la Constitución de 1853 — con Buenos Aires escindida de la convención — primaría una concepción dual de la soberanía que, además de los arraigos tradicionales, resultaba avallada por el modelo norteamericano. No hay, en este contexto, rastro significativo de autonomía como tal, ni en los debates ni, como hemos dicho, en el texto constitucional. El andamiaje del federalismo argentino estaba asentado sobre la doctrina de la división de la soberanía esbozada por Hamilton en los papeles del *Federalista* ⁽⁵⁴⁾. La soberanía provincial había sido un presupuesto básico del proceso constituyente. Aparecía en el proyecto de Alberdi, uno de los publicistas más influyentes en la redacción de la constitución de 1853 ⁽⁵⁵⁾. Del mismo modo, en el informe elevado por la comisión a la Convención Constituyente se afirmaba que, de acuerdo con el *sistema federal*, cada provincia conservaba «su soberanía y su independencia» ⁽⁵⁶⁾.

Podían existir discrepancias en torno al carácter originario o delegado de las soberanías provinciales. El propio Alberdi se mostraba algo contradictorio en este punto ⁽⁵⁷⁾. La oscilación derivaba de la conocida pretensión de Alberdi de conjugar la idea unidad nacional con la pluralidad de poderes provinciales en lo que llamaba

⁽⁵³⁾ N. BOTANA, *El orden conservador. La política argentina entre 1880 y 1913*, Buenos Aires, edhasa, 2012, pp. 29-30.

⁽⁵⁴⁾ *The Federalist* (1787-1788) a cura di J. E. COOKE, Middletown, Wesleyan University Press, 1982², n. 32 (A. Hamilton), pp. 199-200.

⁽⁵⁵⁾ «La República Argentina se constituye en un Estado federativo, dividido en Provincias, que conservan la soberanía no delegada», art. 1, J.B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1852², a cura di J.F.V. Silva, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1928, p. 184.

⁽⁵⁶⁾ A. SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina* (1810-1972), Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975, 2 voll., I, p. 354.

⁽⁵⁷⁾ ZORRAQUÍN BECÚ, *El federalismo*, cit., p. 146.

« sistema mixto ». Una vez establecido el orden constitucional, el pueblo de la nación era el que, por medio de la constitución general, hacía las respectivas delegaciones (58). La estructura federal, impuesta como una precondition en el acuerdo que precedió a la convención, se consideraba, a su vez, como una impronta de la historia precedente, susceptible de conjugarse con las aspiraciones de unidad nacional (59). En cierto modo, todo el proceso constituyente estuvo impulsado por esa subyacente convicción, compartida por buena parte de la elite, sobre la unidad como fundamento del Estado nacional, algo que había comenzado a difundirse por la « generación de 1837 » y que, en teoría, se ajustaba mejor a una idea de soberanía indivisible (60). Esto explicaría las oscilaciones conceptuales en torno al origen de la soberanía, así como algunas decisiones que muestran un deliberado esfuerzo por ajustar el modelo federal a las condiciones del escenario local, adoptando para ello soluciones propias de los regímenes europeos, como la codificación del derecho sustantivo para toda la nación (art. 64 inc. 11, texto 1853).

No es este el lugar para revisar esa conocida cuestión. Nos interesa aquí rescatar sólo algunos aspectos puntuales que denotan, además de dichos cruces de influencias, la impronta jurisdiccional que determinaba, en buena medida, el sentido de la soberanía dividida y, en particular, el de la soberanía provincial. La discusión suscitada, precisamente, a raíz del artículo del proyecto que atribuía al Congreso nacional la facultad de sancionar los códigos sustantivos (civil, comercial, penal y de minería), ofrece un buen ejemplo de ello. Mientras algunos convencionales sostuvieron que dicha atribución implicaba una restricción a la « soberanía provincial » y al federalismo, los que defendían el proyecto alegaron la necesidad de uniformar las leyes, destacando la diversa tradición cultural que justificaba, en este caso, la necesidad de apartarse del modelo

(58) J. B. ALBERDI, *Elementos de derecho público provincial para la República Argentina*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1853, p. 77.

(59) *Ivi*, p. 115.

(60) Véase J. C. CHIARAMONTE, *La cuestión de la soberanía en la génesis del estado constitucional argentino*, in « Historia Constitucional (revista electrónica) », 2, 2001 [<http://hc.rediris.es/02/index.html>]; sobre las ideas jurídicas, V. TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX y XX)*, Buenos Aires, Perrot, 1987.

norteamericano. Frente al argumento de que las provincias tenían derecho a darse sus propias leyes según sus « costumbres y peculiaridades », se adujo que dichas peculiaridades podían tener lugar « en un Código de procedimientos » al que no se refería la norma en discusión, y que cada provincia conservaba el derecho de establecer el poder judicial « en su territorio conforme a sus facultades, pero sin romper por esto la unidad » (61).

El contrapunto pone de relieve uno de los problemas derivados de la soberanía dividida en un contexto dominado por objetivos de unidad nacional; Alberdi consideraba que la uniformidad legislativa en materia civil y comercial (aunque no necesariamente en forma de « códigos completos ») era un factor que favorecería el desarrollo de la « nacionalidad argentina » y que, según su óptica, no dañaba en lo más mínimo « las atribuciones de soberanía local » (62). Pero más allá de esto, la posibilidad sugerida de canalizar las « peculiaridades » por la vía procesal evidencia, a nuestro juicio, el rastro de la herencia jurisdiccional en tanto que remite a prácticas de localización arraigadas en la tradición colonial que, con independencia de las normas sustantivas, operaban precisamente en virtud de márgenes de discreción alojados en el ámbito de lo que vendría a designarse como derecho adjetivo (63). El peso de esa herencia vendría a confirmarse en la discusión que generó la misma norma codificadora en los debates de la reforma de 1860, convocada para incorporar a Buenos Aires. La comisión examinadora creyó necesario agregar una frase aclarando que la aplicación de los códigos no podía alterar las « jurisdicciones locales » y que correspondía a los tribunales provinciales o federales, según criterios materiales o personales de competencia. De este modo, la convención entendía salvaguardar la « soberanía provincial » de una interpretación que

(61) Sesión de 28 de abril de 1853, in *Asambleas Constituyentes Argentinas*, a cura di E. RAVIGNANI, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad de Buenos Aires, 6 voll., 1937-1939, IV, pp. 528-529, disponible en <http://ravignanidigital.com.ar/asambleas/>.

(62) ALBERDI, *Bases*, cit., cap. XVII, p. 77.

(63) A. AGÜERO, *Derecho local y localización del derecho en la tradición jurídica hispana. Reflexiones a partir del caso de Córdoba del Tucumán*, in *El derecho local*, cit., pp. 91-120.

podría haber llevado a someter todas las causas a la justicia federal ⁽⁶⁴⁾.

Si la reforma de 1860 reflejaba así la impronta jurisdiccional de la soberanía provincial, conservando, no obstante, aquella potestad codificadora de la legislación nacional, su tendencia general en términos normativos se orientó a mejorar la situación relativa de los poderes provinciales frente al poder del estado nacional. Se eliminaron, en consecuencia, otros giros de tono unitario presentes en el texto de 1853 (tales como el control previo del congreso sobre las constituciones provinciales; la facultad del congreso nacional para remover por juicio político a los gobernadores provinciales, la amplitud de la facultad de intervención federal en las provincias, etc.) bajo el argumento de corregir los desvíos con respecto al modelo de los Estados Unidos ⁽⁶⁵⁾. Esta orientación normativa de 1860 ha sido leída, en términos históricos políticos, más como resultado de una estrategia de la élite de Buenos Aires — que se incorporaba así en mejores condiciones al orden constitucional —, que como una expresión de genuinas convicciones federales de sus representantes. De hecho, buena parte de éstos se había identificado con el liberalismo filo unitario de la histórica capital ⁽⁶⁶⁾.

Más allá de las razones estratégicas, lo cierto es que bajo ese lenguaje de reafirmación de los poderes provinciales, y aún bajo aquella lectura ligada todavía a la matriz jurisdiccional, la expresión « soberanía provincial » parecía un elemento incuestionable del léxico constitucional. El informe de la comisión revisora presentado en 1860, sostenía que de los hechos históricos que habían forjado la « nacionalidad argentina » había nacido un derecho que « ha consagrado las soberanías provinciales como base de toda organización nacional » ⁽⁶⁷⁾. En dicha convención, el jurista Dalmacio Vélez Sársfield, futuro autor del código civil argentino, sostuvo que existía « una soberanía provincial tan completa como la Soberanía Nacional

⁽⁶⁴⁾ El debate en SAMPAY, *Las constituciones*, cit., I, p. 403.

⁽⁶⁵⁾ Esa crítica fue expresada por D.F. SARMIENTO, *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina* (1853), Buenos Aires, L. J. Rosso, 1929.

⁽⁶⁶⁾ Una síntesis en A.B. BIANCHI, *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 205-218.

⁽⁶⁷⁾ SAMPAY, *Las constituciones*, cit., I, p. 386.

en las materias que le estaban delegadas ». Zorraquín Becú ha mostrado cómo también este fue el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus primeros fallos, desde su erección en 1863, hasta, por lo menos, las primeras décadas del siglo XX ⁽⁶⁸⁾.

Pese a la aparente solidez de ese lenguaje, promediando la segunda mitad del siglo XIX, la doctrina de la soberanía dividida comenzaría a ser impugnada a raíz de las tensiones irresueltas entre provincias y nación. También se habían manifestado dichas tensiones en el modelo norteamericano. En este caso, un precedente temprano recuperado por la doctrina argentina, sería el de los célebres debates de 1833 protagonizados por el senador Daniel Webster, « el orador de la consolidación ». Webster negó allí que la Constitución de los Estados Unidos fuese una liga, confederación o pacto entre el pueblo y los diversos estados, en su capacidad soberana. La constitución creaba un gobierno adoptado para el pueblo que entablaba relaciones directas con los individuos ⁽⁶⁹⁾. Los enunciados estaban en línea con la lectura que Story había dado a la Constitución norteamericana en sus comentarios publicados ese mismo año ⁽⁷⁰⁾. Como bien se sabe, la cuestión en los Estados Unidos, lejos de resolverse, llegaría a un punto culminante con la guerra de secesión que dio lugar a la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso *Texas vs. White*, según la cual, « *The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States* » ⁽⁷¹⁾.

Hacia 1890, un agudo observador del sistema norteamericano como James Bryce sostenía que, desde 1789 y hasta 1870, los juristas y políticos más importantes no habían dejado de buscar el significado y alcance de la soberanía particular de los estados. Escéptico ante la posibilidad de una salida conceptual (puesto que, para Bryce,

⁽⁶⁸⁾ ZORRAQUÍN BECÚ, *El federalismo*, cit., pp. 145-148. Allí también la cita de Vélez Sarsfield.

⁽⁶⁹⁾ W.L. MCFERRAN, *Principles of Constitutional Government: Political Sovereignty*, Louisiana, Pelican, 2005, pp. 124, 246.

⁽⁷⁰⁾ J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 3 voll., Boston, Hilliard, Gray & Co., Cambridge, Brown, Shattuck & Co., 1833, I, p. 279 y ss.

⁽⁷¹⁾ *Texas v. White*, 74 US 700 - Supreme Court [<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/74/700>].

la Constitución de 1789 se había alcanzado mediante la afirmación de proposiciones contradictorias « igualmente verdaderas » y ello la convertía en una suerte de acto de fe), reconocía que, para el tiempo en que él escribía, a causa de los debates de la década de 1830 y, sobre todo, luego de la derrota de los estados del sur en 1865, la expresión « State sovereignty » era rara vez escuchada y que incluso la noción misma de « State rights » tenía un significado diferente al que había tenido treinta años antes ⁽⁷²⁾. Pese al pragmático juicio de Bryce, la cuestión de la soberanía de los estados no quedó, al menos en el plano terminológico, definitivamente cerrada. Incluso hay quienes todavía argumentan que es inmoral derivar de un hecho bélico un principio tan significativo como el de la consolidación nacional que rechaza la soberanía de los estados y que — según se alega — no encuentra respaldo en una interpretación originalista, ni de los debates previos, ni de la propia constitución ⁽⁷³⁾.

Tanto los postulados de Webster como la lectura de Story y el precedente sentado en *Texas vs. White* serían incorporados al pensamiento constitucional argentino, convirtiéndose en lugares comunes relativos a la unidad nacional ya a comienzos del siglo XX ⁽⁷⁴⁾. En 1937 la Corte Suprema argentina reproduciría el enunciado de aquel célebre fallo norteamericano, aunque en un sentido sutilmente diferente ⁽⁷⁵⁾. Pero para entonces la palabra *autonomía* se había ganado un lugar en el lenguaje político, primero como sinónimo, y luego como sustituto, de la controvertida expresión « soberanía provincial ». ¿Cómo fue posible esa sustitución de un concepto basilar de la organización constitucional argentina sin un debate teórico específico sobre la cuestión? Como veremos, el desplazamiento conceptual fue sutil, casi imperceptible. No fue fruto de una reforma normativa ni de una sentencia judicial, sino que fue impulsado por la estrecha conexión entre la primera histo-

⁽⁷²⁾ J. BRYCE, *The American Commonwealth*, 2 voll., Chicago, Charles H. Sergel & Co., 1890², I, pp. 408-409.

⁽⁷³⁾ MCFERRAN, *Principles of Constitutional Government*, cit., pp. 92-94.

⁽⁷⁴⁾ Un ejemplo elocuente en A.M. BAS, *El derecho federal argentino. Nación y provincias*, Buenos Aires, Abeledo, 1927, pp. 12-13.

⁽⁷⁵⁾ « La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles », *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Imp. López, Buenos Aires, vol. 178, 1937, p. 22.

riografía nacional argentina, los debates parlamentarios y las teorizaciones sobre derecho constitucional, durante el período fundacional de la construcción el *Estado* argentino.

7. *Invención de la nación (y de la autonomía provincial).*

La presidencia de Mitre (1862-1868), además de sentar las bases institucionales del país, se caracterizó por dar inicio a un programa de unidad nacional comandado desde la posición hegemónica de Buenos Aires. Dicho proceso estuvo signado, entre otros factores, por la represión de los levantamientos provinciales que, en nombre del viejo federalismo, desafiaron al gobierno nacional; por un número creciente de intervenciones federales sobre las provincias; por la fractura del partido liberal de Buenos Aires a raíz del intento de federalizar el territorio de esa provincia en 1862 y, en el orden externo, por el comienzo de la guerra del Paraguay (1865). Todos estos factores alimentaron una dinámica orientada por un modelo de desarrollo cuyo centro de decisión se situaba, definitivamente, en los órganos del gobierno nacional ⁽⁷⁶⁾. Fue, precisamente, en los prolegómenos de ese proceso, que la palabra autonomía irrumpió, primero como categoría historiográfica, y, luego, como concepto político destinado a reemplazar a la « soberanía provincial ». En sintonía con su programa político, Mitre, que además de primer presidente, fue periodista, historiador, político, militar, y legislador en varios períodos, contribuyó, de forma deliberada quizás, a ese reemplazo conceptual.

Como es bien conocido, Mitre fue uno de los grandes artífices de la « invención de la tradición » de la Nación argentina ⁽⁷⁷⁾. Entre las innumerables páginas dedicadas a quien fuera calificado como « creador fundamental de ficciones orientadoras en la Argentina » ⁽⁷⁸⁾, nos interesa destacar un par de precisiones que E. Palti

⁽⁷⁶⁾ BOTANA, *El orden*, cit., p. 30; O. OSZLAK, *La formación del Estado argentino. Orden, progreso y organización nacional*, Buenos Aires, Emece, 2009, p. 44 y ss.

⁽⁷⁷⁾ Para un debate reciente, P.A. CHAMI, *Nación, identidad e independencia en Mitre, Levene y Chiaramonte*, Buenos Aires, Prometeo, 2008.

⁽⁷⁸⁾ N. SHUMWAY, *La invención de la Argentina. Historia de una idea*, Buenos Aires, Emece, 2002, p. 190.

sugiere con relación al personaje y su época. Una de ellas tiene que ver con el uso de la palabra como herramienta de lucha política. Sostiene Palti que, durante la «era de Mitre (1862-1880)», la consolidación de la prensa política dotaría a la elite de Buenos Aires «y a Mitre, en particular, de una nueva conciencia respecto de lo que llamaríamos la ‘performatividad de la palabra’» (79). Según Palti, Mitre fue tempranamente consciente del poder *creativo* de las palabras, de que las palabras son acciones o de que un panfleto puede derribar un gobierno. Dicha conciencia sobre la performatividad de la palabra se vincula así con una segunda cuestión que nos interesa ahora: el acercamiento entre discurso y acción política que difumina las fronteras entre la política y la guerra, algo que, siempre según Palti, habría permitido a Mitre «oscilar entre uno y otro dominio sin generarle demasiadas contradicciones» (80).

Estas aproximaciones ofrecen una buena guía para comprender el sentido con el que Mitre comenzó a usar la palabra «autonomía» en el marco de un proceso en el que, al tiempo que producía una narrativa histórica sobre la preexistencia de la nación, mandaba a reprimir con las armas a quienes, en nombre del federalismo y de los derechos de las provincias, intentaron resistir la organización nacional impulsada desde su presidencia (81). Antes de revelar las razones que nos llevan a considerar este momento como punto de origen, veamos cómo Mitre empezó a usar la palabra «autonomía» en un entorno discursivo en el que también iba dando forma a la idea de una nación soberana preexistente, cuya impronta en la tratadística constitucional de las décadas siguientes sería determinante (82).

(79) PALTÍ, *Las polémicas*, cit., p. 177.

(80) Ivi, p. 181.

(81) D. ROCK, *La construcción del estado y los movimientos políticos en la Argentina, 1860-1916*, Buenos Aires, Prometeo, 2006, pp. 34, 62 ss. La historiografía revisionista calificó esa represión como una «carnicería sistemática», M. PEÑA, *La era de Mitre. De caseros a la guerra de la Triple Infamia*, Buenos Aires, Ediciones Ficha, 1972², p. 34. Desde otra perspectiva, O. OSZLAK, *La formación del Estado*, cit., p. 98 y ss.

(82) J.C. CHIARAMONTE, P. BUCHBINDER, *Provincias, caudillos, nación y la historiografía constitucionalista argentina, 1853-1930*, in «Anuario del IEHS», Tandil, VII, 1992, pp. 93-120. P.A. CHAMI, *Nación, identidad e independencia*, cit., p. 46 e ss. Puede objetarse que Mitre entendía la nacionalidad argentina como fruto de una «construc-

Hacia 1852, antes de que la elite de Buenos Aires decidiera escindirse de la confederación, Mitre se mostraba partidario de una construcción nacional supra-ordenada a las viejas provincias, prefigurada a partir de Buenos Aires. En un discurso periodístico de la época, rebatía a quienes se negaban a que Buenos Aires fuera la capital del país, considerando que la República argentina era inviable sin Buenos Aires, al tiempo que calificaba como « nacionales », el pabellón, el escudo de armas, las rentas, los establecimientos públicos y las tradiciones políticas y administrativas de Buenos Aires. Para esa construcción de una Nación proyectada desde Buenos Aires, Mitre consideraba que era « indispensable matar el provincialismo estrecho y mezquino » ya fuera que éste apareciera « en Buenos Aires o en cualquier otra parte, como un obstáculo a la Constitución Nacional » (83).

Ese horizonte de proyecto nacional no le impedía a Mitre seguir utilizando el lenguaje de la soberanía provincial, tal como lo puso de manifiesto meses más tarde cuando las diferencias con el general Urquiza se hicieron irreconciliables, dando lugar a una revolución que llevaría a la separación de Buenos Aires. En ese contexto, Mitre sostuvo que Buenos Aires se hallaba « reinstalada en el goce de su soberanía provincial » y lista para combatir la tiranía « con espada en mano », aunque siempre dispuesta a concurrir « a la grande obra de la Organización Nacional » (84). Dos años más tarde, sin embargo, durante la convención constituyente que sancionaría la primera constitución del estado de Buenos Aires, en 1854, Mitre esgrimiría un argumento que ha sido rescatado como muestra de su convicción nacionalista (85). También se ha sugerido que es una de las primeras veces en la que un discurso político presentaba un

ción » histórica y no en sentido « primordialista », sin embargo, parece claro que hacia 1853 consideraba que esa construcción estaba realizada, faltando sólo el elemento formal de la constitución.

(83) B. MITRE, *Profesión de fe y otros escritos publicados en Los Debates de 1852*, a cura di Ricardo Levene, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1956, pp. 127-133, pp. 132-133.

(84) El Nacional, 21 de septiembre de 1852, in SHUMWAY, *La invención*, cit., p. 192.

(85) En clave apologética, en A. P. JUSTO, *Las Obras Completas de Mitre. Estudio preliminar*, Buenos Aires, Coni, 1940, pp. 57-58.

discernimiento claro entre la noción confederativa y la meramente federativa ⁽⁸⁶⁾.

Lo que aquí nos interesa poner de relieve es que en ese discurso Mitre manifiesta una comprensión de la soberanía que operaría como presupuesto imprescindible para abrir el espacio a la noción de « autonomía ». En aquella recordada intervención en la convención de Buenos Aires de 1854, rechazando la redacción del art. 1 del proyecto constitucional referido a la soberanía, Mitre sostuvo que Buenos Aires no tenía ni debía tener « el libre uso de su soberanía exterior » pues este atributo era exclusivo del « Gobierno General » y que a falta de él, ninguna provincia podía hacer uso de « esa soberanía comprometiendo derechos comunes ». Mitre fundamentaba esa posición, como se sabe, en la existencia de « una ley anterior y superior a toda constitución » fruto de una « Nación preexistente », a la que calificaba como « nuestra patria, la patria de los argentinos », y cuyo origen hacía derivar del Acta de la Independencia firmada en 1816 por « las Provincias Unidas en Congreso » ⁽⁸⁷⁾.

Entre aquel artículo periodístico del 52 y este discurso parlamentario del 54, quedaba manifiesta la inclinación de Mitre hacia una de las tradiciones en pugna sobre la soberanía, es decir, aquella que, opuesta a la tesis de la soberanía dividida, la presentaba como un poder capaz de imponerse sobre los cuerpos internos (matando « los provincialismos »), y sólo concebible de manera unificada en función de la representación exterior ⁽⁸⁸⁾. Estas referencias sobre la soberanía constituyen el presupuesto para que, aceptado el federa-

⁽⁸⁶⁾ CHIARAMONTE, *La cuestión de la soberanía*, cit., p. 129. La idea de que la constitución no creaba una confederación mediante pactos sino que era una ley fundamental establecida por el pueblo había sido tematizada en 1833 por STORY, *Commentaries*, cit., p. 321. Sobre esa idea, en 1853, SARMIENTO se había explayado sobre la diferencia entre confederación y federación, en *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 57 y ss.

⁽⁸⁷⁾ B. MITRE, *Obras completas*, vol. XVI, Buenos Aires, Congreso de la Nación Argentina, 1959, pp. 62-63.

⁽⁸⁸⁾ Sobre las tradiciones en torno a la soberanía, CHIARAMONTE, *La cuestión de la soberanía*, cit., p. 110 y ss. Con respecto a la relación entre Nación y Soberanía, N. SOUTO - F. WASSERMAN, *Nación - Argentina - Río de la Plata*, in *Diccionario político y social*, cit., pp. 870-881.

lismo como una inevitable impronta de la historia, la vieja soberanía provincial comenzara a desplazarse hacia una noción de autonomía enmarcada en el contexto de una nación soberana. Mitre volcará este presupuesto en una narrativa histórica que irá componiendo desde finales de la década de 1850, en forma simultánea con su actividad política. En su señera *Historia de Belgrano* (1858), la soberanía aparece generalmente como un atributo del pueblo, en singular, a partir de la premisa de que la revolución de 1810 había llevado a los americanos a reasumir sus derechos « en virtud de la soberanía absoluta convertida en soberanía popular »⁽⁸⁹⁾.

Bajo esta lectura de impronta toquevilliana, aparece casi en forma tangencial una referencia a la soberanía que había « retrovertido a los pueblos »; pero ese uso plural estaba ligado a la reflexión sobre necesidad de reunir, después de la revolución de 1810, un Congreso integrado por los distritos interiores del Virreinato, cuyo objeto no era otro que « mantener a todas las provincias por el antiguo vínculo administrativo »⁽⁹⁰⁾. Ya la calificación del vínculo lleva implicada una carga de significación para el tema que aquí interesa. Recordemos que hacia 1853, según hemos visto, la palabra autonomía aparecía adscrita al campo de la « administración », algo que, sin embargo, no estaba del todo definido en el contexto revolucionario objeto de la narración de Mitre. Por otra parte, sus tempranas referencias a la « soberanía nacional » contrastan con la absoluta ausencia de su tradicional par, esto es, la « soberanía provincial »⁽⁹¹⁾.

Esa ausencia parece llenarse de sentido a partir de una única, pero contundente, apelación a la palabra « autonomía », en un pasaje en el que Mitre califica las primeras manifestaciones de « federalismo » expresadas durante las sublevaciones de 1815-1816. Para él se trataba de « un instinto ciego en las masas, y una ambición bastarda en sus directores » lo que impulsaba la instauración de un « sistema de federación semi-bárbaro ». Pero, según Mitre, los pueblos « no se daban cuenta clara » de que a lo único que

⁽⁸⁹⁾ B. MITRE, *Historia de Belgrano* (1858), Buenos Aires, Imprenta de Mayo, 1859², 2 voll., I, pp. 214, 264.

⁽⁹⁰⁾ *Ivi*, p. 379.

⁽⁹¹⁾ Referencias a « soberanía nacional », *ivi*, vol. II, pp. 101 y 114.

aspiraban era « a hacer una manifestación de su *autonomía* », rehu-
yendo a los sacrificios comunes para elevar sin condiciones ni reglas
« a los caudillos que debían representarlos » (92). Es bien conocida
la degradación que la prosa de Mitre destiló sobre los caudillos
federales. Lo que importa, es señalar que se trata de uno de los
primeros testimonios en los que la palabra « autonomía » aparece
utilizada para llenar el vacío dejado por la ausencia de las « sobera-
nías provinciales » en esta obra basilar de la historiografía argentina.
Algunos elementos que abonan esta hipótesis serán analizados des-
pués. Por ahora digamos que, el uso del término « autonomía », bajo
esas condiciones de sentido, será mucho más recurrente en la tercera
edición de la *Historia de Belgrano*, aparecida entre 1876 y 1877 (93).

En los casi veinte años transcurridos entre la primera y la
tercera edición de la *Historia de Belgrano*, la palabra « autonomía »
se había difundido en el léxico político, del mismo modo que
avanzaba la consolidación del orden constitucional, con la narrativa
mitrista como uno de sus fundamentos históricos. Es posible, ade-
más, que justo después de aquella primera edición de la *Historia de
Belgrano*, Mitre comenzara a usar « autonomía » como sinónimo de
« soberanía provincial », no ya en su rol de historiador sino de
político embarcado en un proyecto de unidad que, como se ha
sugerido, pretendía emular el programa « de los liberales italianos de
lograr la unificación bajo el mando del reino de Piamonte » (94).

Victorioso en el último conflicto militar con la Confederación
(batalla de Pavón, 1861), Mitre se avocó a organizar el país. En ese
contexto, sostuvo correspondencia con diversos caudillos provincia-
les, entre ellos, con su derrotado adversario, el general Urquiza. Ese
intercambio epistolar muestra cómo la palabra « autonomía » co-
menzaba a fungir ya como expresión alternativa a la « soberanía
provincial ». En sus misivas, Mitre sugiere a Urquiza que las pro-
vincias reasuman transitoriamente su « soberanía local » descono-
ciendo a las autoridades nacionales salientes hasta una nueva elec-
ción. Argumenta que todas las provincias han reconocido la cons-

(92) Ivi, II, pp. 352-353 (itálica no original).

(93) B. MITRE, *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, Buenos Aires, Imprenta de Mayo, 3 voll, 1876-1877³.

(94) ROCK, *La construcción*, cit., pp. 54-55.

titución reformada de 1860 y que la organización nacional no puede « ser materia de tratados interprovinciales ». Luego reprocha la actitud de la provincia gobernada por Urquiza porque « reasumiendo su autonomía », dice, se limita al rol pasivo de firmar la paz con las demás provincias ⁽⁹⁵⁾.

Como lo reflejan los diccionarios de la época, ya para entonces la palabra « autonomía » circulaba en español con diversos sentidos, uno de ellos relacionado con el lenguaje federativo. El uso alternativo entre soberanía provincial y autonomía, en aquel contexto, habría contribuido a que cualquier posible discrepancia conceptual pasara inadvertida. Como efecto pragmático de esa sinonimia, la palabra « autonomía » comenzará a ser articulada en discursos de quienes, en el plano político, sostenían posturas adversas. Así, pese a su diferente posición, Urquiza se vale también, en sus respuestas a Mitre, del término autonomía como sinónimo de soberanía provincial ⁽⁹⁶⁾.

En ese mismo contexto, tras la « pacificación » de Córdoba, el gobernador interino informa que la legislatura de esa provincia « va a reasumir la soberanía » y encargar al general Mitre el despacho de los asuntos urgentes de carácter nacional hasta las próximas elecciones ⁽⁹⁷⁾. La situación de Córdoba es objeto de un informe que el general Paunero, uno de los militares más activos en las campañas sobre el interior, eleva a Mitre. En su reporte, Paunero expresa que Córdoba ha tomado la iniciativa de cooperar « declarando su autonomía y depositando todos sus poderes federales en el gobernador de Buenos Aires » ⁽⁹⁸⁾. Lo que las provincias habían hecho, era reasumir su soberanía, depositando la representación exterior en el gobernador de Buenos Aires, el general Mitre, hasta la futura

⁽⁹⁵⁾ Cartas de Mitre a Urquiza, noviembre y diciembre de 1861, in *Archivo del General Mitre*, Buenos Aires, La Nación, 28 voll., 1911-1913, vol. X, 1911, pp. 39-42 y 65-67.

⁽⁹⁶⁾ Así en sus carta al General Mitre, entre 1861 y 1862, *ivi*, p. 69 (autonomía) p. 72 (autonomía política), p. 86 (soberanía), p. 108 (soberanía local).

⁽⁹⁷⁾ Nota de don Marcos Paz, al general Mitre, de 18 de diciembre de 1861, *ivi*, pp. 186-187.

⁽⁹⁸⁾ Carta del General Paunero al General Mitre, Córdoba, 24 de diciembre de 1861, *ivi*, pp. 255.

elección presidencial ⁽⁹⁹⁾. Paunero podía entonces usar el término « autonomía », o bien recuperar más tarde el de « soberanía » para expresar un juicio descalificador sobre su aplicación a las provincias. En nota dirigida a Mitre, en 1862, afirmaría que « la soberanía federal de Estados » era « una quimera » en Argentina, porque venía a significar « que cada gobernador oprima, y mande su provincia con mano de hierro, y sin la menor responsabilidad » ⁽¹⁰⁰⁾.

Otro hombre ligado a Mitre, Lorenzo Moreno, le escribirá un par de años más tarde una nota explicando la situación electoral en el distrito de Pergamino. Elogiando la política del gobierno nacional, sostendrá, al estilo de los antiguos unitarios, que « la República es una e indivisible, para anular los actos ejercidos por las trece [provincias] ». En ese contexto, la sinonimia entre soberanía provincial y autonomía hacía incluso posible predicar de ésta las mismas connotaciones negativas que se vinculaban con aquélla: « La autonomía o ideas locales — escribe Moreno a Mitre — son siempre un inconveniente para la organización general. Esto lo saben mejor los que invocan esas ideas disolventes... » ⁽¹⁰¹⁾. Que en 1864 el término « autonomía » pudiera vincularse con actitudes « disolventes », es un fuerte indicador de que estaban dadas las condiciones para que sustituyera definitivamente al concepto de « soberanía provincial ». Para comprender ese desplazamiento es necesario considerar el contexto político y, sobre todo, los debates que llevaron a la división del partido liberal de Buenos Aires, en 1862, suscitados con motivo del proyecto del presidente Mitre de federalizar el territorio de esa provincia para convertirlo en sede de las autoridades nacionales.

8. *La consagración de la « autonomía provincial »: el autonomismo.*

Las discusiones sobre la federalización de Buenos Aires se

⁽⁹⁹⁾ Véase por ejemplo, la ley por la que Santiago del Estero « resume su soberanía interior y exterior », *ivi*, p. 191.

⁽¹⁰⁰⁾ Carta del General Paunero al Presidente Mitre, 21 de octubre de 1862, *ivi*, vol. XI, 1911, pp. 221-222.

⁽¹⁰¹⁾ Carta de Lorenzo Moreno al Presidente Mitre, 27 de febrero de 1864, *ivi*, vol. XXIII, 1913, p. 96.

sucedieron a lo largo de casi dos décadas, desde aquel proyecto de Mitre de 1862 hasta 1880, cuando se consiguió convertir a la ciudad de Buenos Aires en capital federal de la República Argentina. A lo largo de esos debates se conjugaron diferentes visiones sobre la soberanía; ambiguas interpretaciones de la Constitución; inveterados recelos políticos de las elites provinciales con respecto a la hegemonía de Buenos Aires; diferentes narrativas de las que se hacía derivar una determinación histórica sobre la ciudad que debía ser la capital, etc. Un lugar destacado tuvieron también las comparaciones con el modelo norteamericano. Siempre activo como lugar retórico de validación, el caso norteamericano era invocado por asimilación teórica, para rechazar la federalización de Buenos Aires o proponer la creación de un nuevo distrito como había ocurrido con Washington, o por diferenciación empírica, para justificar la federalización como consecuencia de las condiciones locales que exigían apartarse del modelo original ⁽¹⁰²⁾.

Entre todo ese arsenal argumentativo se movían aquellos que defendían los derechos de Buenos Aires para oponerse a la cesión de su territorio. Las tensiones se agravaron con otros debates de no menor conflictividad, como el relativo a las rentas aduaneras o a la facultad de los gobiernos provinciales para movilizar milicias. No faltaron revueltas y represiones antes de que esos conflictos fueran, finalmente, resueltos ⁽¹⁰³⁾. No pretendemos aquí entrar en los detalles de esta conocida experiencia ni analizar los aspectos sustanciales del debate. Pero resulta inevitable aludir parcialmente a estas cuestiones para observar cómo, en ese álgido contexto, el término « autonomía » parece cerrar una parábola en la que, sin dejar de fungir como sustituto neutro de « soberanía provincial », terminará por convertirse en lema de quienes, defendiendo los derechos de Buenos Aires, identificarán su posición política como « autonomista ».

El discurso de Adolfo Alsina contra de la federalización de Buenos Aires, de agosto de 1862, considerado como hito fundacio-

⁽¹⁰²⁾ Los debates en *Asambleas Constituyentes*, cit., vol. V, pp. 3-531; pp. 889-1331 y vol. VI-I, pp. 3-626.

⁽¹⁰³⁾ BOTANA, *El orden*, cit., pp. 32-35 y 97 ss.; O. OSZLAK, *La formación del Estado*, cit., p. 165 y ss.

nal del « partido autonomista », carece, paradójicamente, de cualquier referencia a la palabra « autonomía ». Alsina manifiesta allí que la federalización implica entregar la « soberanía » de Buenos Aires a las autoridades nacionales; que el « sacrificio de la soberanía local de un estado » está prohibido por el espíritu de la constitución; que el proyecto de federalización exige a Buenos Aires entregar « toda su soberanía territorial » y, sobre todo, « su soberanía política ». Todo ello conlleva, para su punto de vista, « la negación más absoluta de los principios constitutivos del sistema federal ». A pesar de no usar el término « autonomía », Alsina hace, sin embargo, algunas referencias que entroncan con el lenguaje foral con el que, según hemos visto, el término se vincularía con un tipo de federalismo en España. Apelando a la historia reciente, Alsina sostiene que « desde el año 52, Buenos Aires ha vivido luchando diariamente por conservar intactos sus fueros provinciales ». Dirá que fue en nombre de esa « soberanía provincial, en nombre de sus fueros provinciales » que Buenos Aires había rechazado el acuerdo que llevó a la convención de 1852 ⁽¹⁰⁴⁾.

La connotación foral muestra el vínculo entre la todavía vigente tesis de la soberanía dividida y el tradicional argumento de derechos locales históricos compatibles con su integración en una entidad federativa. Alsina se ocupa de aclarar que sus partidarios también desean construir una nación argentina unida, pero no al precio de tener que aceptar « que la Nacionalidad es un monstruo que para empezar a vivir y para continuar viviendo, necesita se le sacrifique la vida de Buenos Aires » ⁽¹⁰⁵⁾. En el plano teórico, Alsina apela al modelo norteamericano para sostener que allí sería impensable federalizar todo el territorio de un estado. Haciendo suyas palabras pronunciadas por Vélez Sarsfield, dirá que « siempre que la Constitución Argentina se apartó de la de los Estados Unidos fue para cometer un error » ⁽¹⁰⁶⁾.

Los defensores del proyecto de federalización hacen un uso inverso de ese modelo, para apelar a las diferencias que justifican medidas que se apartan de él. Así lo había hecho el senador Elizalde,

⁽¹⁰⁴⁾ *Asambleas Constituyentes*, cit., vol. V, pp. 354-360.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ivi*, p. 361.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ivi*, p. 356.

aliado de Mitre, quien había sostenido antes en el Senado que la « soberanía del pueblo argentino » no había sido formada « por Estados independientes » y que, siendo anterior a la constitución, tenía « un origen distinto de la soberanía de los Estados Unidos », debiendo regirse « por principios distintos ». Concluía en que la federalización implicaría que las atribuciones de la « soberanía local » serían ejercidas por el Congreso nacional ⁽¹⁰⁷⁾. En este argumento, la expresión soberanía local no venía ligada a unos fueros históricos, sino a una división de la « soberanía del pueblo argentino ». En la línea de Webster y Story, Elizalde había rechazado, en otra sesión, que la constitución fuera un pacto, puesto que la República Argentina, decía, « ha existido antes », habiendo nacido los estados provinciales « porque la Constitución los ha establecido... »; también en este aspecto señaló la diferencia con los Estados Unidos, pues éstos « como nación » no habían existido antes de la constitución ⁽¹⁰⁸⁾.

La visión histórica de Mitre parecía filtrarse en ese tipo de argumentos relativos al asiento originario de la soberanía. En ese marco de enunciación, la palabra « autonomía » encontraba su mejor acomodo, con independencia del posicionamiento político ocasional de quien la invocara. Un hombre vinculado a Mitre, aunque de actitud moderada y con reparos frente al proyecto de federalización, sería el primero en usarla en los debates de 1862. El Dr. Guillermo Rawson, de quien se ha dicho que no era « porteño ni provinciano » sino « solamente argentino » ⁽¹⁰⁹⁾, expresó que desde el punto de vista de los « intereses nacionales » se oponía a la federalización, puesto que Buenos Aires era « parte integrante de la República Argentina » y, por ello, « su autonomía es una condición indisputable de la subsistencia de la forma política bajo la cual estamos constituidos ». Hay en su intervención un relato histórico que denota también la impronta intertextual de la *Historia del Belgrano* de Mitre y no falta la apelación al caso de los Estados Unidos, donde, según sus palabras, los publicistas más notables

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 212.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, p. 244, sesión Cámara de senadores de 1 de julio de 1862.

⁽¹⁰⁹⁾ E. Cantón, *Conferencia sobre el Dr. Guillermo Rawson*, Buenos Aires, Academia y Facultad de Medicina, 1921, p. 45.

« han declarado que la autonomía de los Estados particulares era y debía ser...inatacable ». Para él, los casos argentino y norteamericano, no diferían demasiado puesto que, al igual que en su visión sobre el Río de la Plata, los Estados Unidos « nunca fueron estados independientes », sino que « representaron en todos los momentos de su historia una sola Nación » ⁽¹¹⁰⁾.

Sin entrar aquí en la cuestión de fondo, se puede advertir por la tónica general del debate que, aunque todavía predominaba la noción de soberanía provincial, la voz autonomía comenzaba a ser invocada por partidarios y detractores de la medida en discusión, consolidándose así como expresión neutra, para hacer referencia a ese difuso horizonte demarcado por los « derechos de las provincias ». Dos oradores más, de posiciones encontradas, nos sirven de ejemplo. Manuel Quintana, rechazando la federalización, alegó que la constitución garantizaba la « soberanía provincial » y que aun cuando algunos pensarán que esto daría un mayor poder a Buenos Aires, ello sería, « a costa de su autonomía ». Según su argumento, de acuerdo con la Constitución, Buenos Aires y todas las provincias conservaban su « autonomía política ». Por el contrario, Manuel Zavaleta, partidario de la federalización, respondía a Quintana con diversos argumentos, sosteniendo, entre ellos, que si con arreglo a la constitución « podían admitirse nuevas provincias a la Nación, y hacerse de dos o más Provincias una sola, sin que por esto pierdan su autonomía política », era incluso posible que « todas las Provincias » se reuniesen « en una sola » ⁽¹¹¹⁾.

De esta forma el uso de la palabra autonomía resultaba indiferente con relación al grupo de intereses del orador, e incluso con respecto a su visión de la soberanía. Esto, además de indicar la aparente asepsia del término, debe ser considerado en relación con otro rasgo del contexto político que ha sido varias veces señalado por la historiografía: los grupos o partidos políticos del momento no representaban doctrinas ni programas coherentes, orgánicos, ni sustancialmente diferentes entre sí. Aquel discurso de Alsina, que significó la división del partido liberal de Buenos Aires, dominante en la política nacional desde la derrota de Urquiza una década atrás,

⁽¹¹⁰⁾ *Asambleas Constituyentes*, cit., V, pp. 252-260.

⁽¹¹¹⁾ *Ivi*, p. 423.

no implicó la formación de un nuevo partido político sobre la base de una alternativa ideológica o de clase, sino sólo a partir de diferencias puntuales y de la respectiva lealtad personal que despertaban sus dirigentes. El sector alineado con Mitre se identificaría como mitrista o nacionalista, mientras que sus adversarios serían designados como alsinistas, luego *autonomistas*; sin embargo, en estos primeros momentos, no constituían más que facciones internas del partido liberal de Buenos Aires ⁽¹¹²⁾.

Pese a todo, se ha sugerido que la defensa localista de Alsina fue capaz de proyectar un espacio político « más permeable a las necesidades de las otras provincias que el modelo de Mitre » y que, en este sentido, constituyó un « importante aporte a la creación de un sistema federal viable » ⁽¹¹³⁾. Ello se manifestó en el apoyo que Alsina recibió de antiguos federales y de sectores subalternos, ganando las elecciones para gobernador de Buenos Aires en 1866. En su discurso de asunción expresó que gobernaría con el « partido que tiene por bandera la autonomía de la Provincia », aunque dejó claro que también era su intención gobernar « con todos » si se quitaba el proyecto de federalización ⁽¹¹⁴⁾. Se mostró dispuesto a colaborar con la Nación, algo que evidenciaría al año siguiente, al recordar el apoyo material y moral de su provincia en la guerra del Paraguay y su satisfacción por la residencia de las autoridades nacionales en Buenos Aires ⁽¹¹⁵⁾. Es posible, en suma, que su actitud « autonomista » en defensa de Buenos Aires fuera parte de una táctica política ⁽¹¹⁶⁾. En 1874 Alsina convocaría a la formación de un « gran partido nacional », sentando una de las bases del futuro Partido Autonomista Nacional. En los debates subsecuentes, mu-

⁽¹¹²⁾ Cfr. J. C. CHIARAMONTE, *Nacionalismo y liberalismo económicos en Argentina 1860-1880*, Buenos Aires, Solar, 1982², p. 145 y ss.; O. OSZLAK, *La construcción*, cit., pp. 130-131. La denominación de *nacionalistas* y *autonomistas* se habría usado poco después, E. SÁNCHEZ, *Biografía del Dr. Adolfo Alsina. Recopilación de sus discursos y escritos*, Buenos Aires, Imprenta La Tribuna, p. XXX.

⁽¹¹³⁾ ROCK, *La construcción*, cit., p. 36.

⁽¹¹⁴⁾ SÁNCHEZ, *Biografía*, cit., pp. 123-124.

⁽¹¹⁵⁾ Ivi, pp. 128-129.

⁽¹¹⁶⁾ ROCK, *La construcción*, cit., p. 35.

chos autonomistas cambiarían de posición con respecto a la federalización de Buenos Aires ⁽¹¹⁷⁾.

El carácter pragmático del posicionamiento de Alsina y las escasas referencias al concepto de autonomía en sus discursos, no permite afirmar que hubiera en la base de su partido un especial desarrollo teórico sobre el sentido de aquella expresión, más allá de la que ya circulaba por entonces como sinónimo de « soberanía local » ⁽¹¹⁸⁾. A pesar de esa lábil base doctrinaria, no dejaba de tener un sentido implícito, potencialmente significativo, el hecho de que el lema de la nueva facción liberal fuese un derivado de la palabra autonomía. Por un lado, la expresión resultaba menos comprometida que la de « soberanía provincial » de cara a los objetivos nacionales que Alsina y sus seguidores decían también defender. Por el otro, aunque relacionado con lo anterior, con esa denominación los alsinistas, sin saberlo quizás, resultaban menos vulnerables frente a las acusaciones que pretendían vincularlos con elementos « disolventes », aplicándoles los mismos calificativos dirigidos contra los caudillos federales del interior que luchaban por sostener el viejo federalismo llegando, en algunos casos, a proponer la secesión de sus territorios ⁽¹¹⁹⁾. La « calumnia », diría Alsina poco después de aquel discurso fundacional, « nos ha hecho aparecer como enemigos de la unión » ⁽¹²⁰⁾. Mientras los autonomistas quedarían dentro del juego político, aun con algunos episodios de violencia, los caudillos federales del interior serían excluidos y, poco a poco, sometidos por la fuerza.

Hacia 1880, cuando se allanó el camino para sancionar la ley que declaraba capital a la ciudad de Buenos Aires, una vez sofocados

⁽¹¹⁷⁾ CHIARAMONTE, *Nacionalismo y liberalismo*, cit., pp. 156-159.

⁽¹¹⁸⁾ En 1868, Alsina calificó la intervención federal como una « máquina para destruir soberanías », SÁNCHEZ, *Biografía*, cit., pp. LV, LXXIV y 131. En otro discurso a finales de ese año usa ambas expresiones como si fuesen sinónimo, *ivi*, pp. 268-269.

⁽¹¹⁹⁾ « Juan Saá propuso en 1867 que las provincias de Cuyo retornaran a la jurisdicción de Chile », D. ROCK, *La construcción*, cit., p. 326. Durante la campaña electoral de 1868, los mitristas calificaron a Alsina como candidato de la *ignorancia*, que anteponía « a la unión nacional el *localismo* ciego ». La otra gran acusación era que Alsina había hecho una *liga inmoral* con los gobernadores del interior, algo que el propio Alsina desmentiría. SÁNCHEZ, *Biografía*, cit., pp. XLIV-LII y 307-310 (itálica original).

⁽¹²⁰⁾ Sesión de 3 de octubre de 1862, *ivi*, pp. 27-28.

los últimos episodios de resistencia, el senador por esa provincia, Dardo Rocha, explicitó, en parte, aquel sentido potencial del lema « autonomista ». Haciendo una visión retrospectiva de lo que había sido el origen del autonomismo, justificó el cambio de actitud, en función de los diferentes contextos políticos y en la necesidad de consolidar definitivamente la « nacionalidad argentina ». Según su relato, la resistencia expresada en los primeros debates había estado justificada por el temor a que con la federalización se favoreciese la formación de un « nuevo despotismo » vinculado con las aspiraciones personales de Mitre. A su juicio el autonomismo comprendió que debía poner límites « a lo que creía el extravío de un hombre »; pero era necesario, a la vez, « que la resistencia no fuera calumniada ». El autonomismo había evitado así cometer el error de los federales que no habían sabido poner límites a la tiranía de Rosas; el autonomismo había resistido « no en nombre de la pasión local ». Ello quedaba demostrado, decía Rocha, por la sangre de autonomistas derramada en defensa de la nación en la guerra del Paraguay. En esa misma línea, agregó:

El partido Autonomista que ha sido esencialmente liberal en el sentido de la palabra y no en el lenguaje de los partidarios de Buenos Aires, no vaciló en servir a la Nación; y si había en él algo de pasión local, era natural que hubiera grupos en que se hubiera desenvuelto el sentimiento local ⁽¹²¹⁾.

En el contexto en el que Rocha hablaba, el proyecto de la oligarquía argentina acababa de cerrar una época de conflictividad para iniciar un período de consolidación basado en la alianza de las elites provinciales y las autoridades nacionales, que se extendería hasta la segunda década del siglo XX ⁽¹²²⁾. En ese escenario, aunque no dejara de usarse eventualmente la expresión « soberanía provincial », el uso cada vez más frecuente del término « autonomía » parecía reflejar su mejor adecuación al discurso del sector político dominante que, incluso esgrimiendo la defensa de los derechos de las provincias, evitaba cualquier posible reproche parecido a los que durante décadas se habían dirigido a los caudillos federales. « El

⁽¹²¹⁾ *Asambleas Constituyentes*, cit., VI-I, p. 215.

⁽¹²²⁾ BOTANA, *El orden*, cit., pp. 57-96; ID., *El federalismo liberal en Argentina: 1852-1930*, in *Federalismos Latinoamericanos*, cit., 1996, pp. 224-259.

sentimiento local es grande y útil en las naciones — decía Rocha en aquel debate —; pero exagerado como en nuestro país, corre el peligro de desmoronarlo todo » (123).

Para entonces, aun en el lenguaje de quienes no se habían identificado con el nacionalismo mitrista, e incluso impugnaban la lectura histórica de la preexistencia de la nación, la palabra autonomía aparecía naturalizada como elemento básico en del discurso favorable a los derechos provinciales. En el debate de otra cuestión conflictiva como la movilización de cuerpos armados, en 1879, el diputado Alem sostuvo que desde el momento en que el país estuvo en condiciones de darse un sistema político, « ya se diseñaba con más o menos claridad la *idea federal*, y se pronunciaba el sentimiento de su autonomía en las Provincias ». Alem decía combatir el centralismo partiendo del principio filosófico fundamental de las « instituciones liberales », que no era otro que « la autonomía desde el individuo perfectamente garantida en sus manifestaciones regulares »; manifestaciones que para él se hacían explícitas en el modelo de organización de la « Gran República del Norte » (124).

Más allá de la referencia retórica al modelo norteamericano y de la influencia de las doctrinas filosóficas que proyectaban la autonomía individual como base del orden político, Alem acusaría en algunos de sus discursos el desplazamiento producido por conceptos provenientes el campo administrativo en el lenguaje del federalismo argentino. Cuando la legislatura de Buenos Aires discutió la cesión de la ciudad de Buenos Aires para convertirla en capital federal, en 1880, Alem sostuvo que esa cuestión había dividido la política en dos tendencias, la « centralista unitaria » y la « democrática descentralizadora y federal ». En su reconstrucción histórica, la crisis de 1820 era leída como un fracaso del unitarismo que dio lugar a que se levantaran, imponentes, « el sentimiento autonómico y la idea federal y descentralizadora » (125).

(123) *Asambleas Constituyentes*, cit., VI-I, p. 214.

(124) Ivi, p. 1478. La posición de Alem sobre el origen de la nación, CHIARAMONTE, BUCHBINDER, *Provincias, caudillos*, cit., 108.

(125) *Leandro N. Alem. Un caudillo en el Parlamento*, Colección Vidas, Ideas y Obras de los Legisladores Argentinos, Buenos Aires, Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, 1998, p. 61.

Hacia 1880, la noción de autonomía aparecía así en discursos de posicionamientos diversos, que oscilaban según los reagrupamientos de fuerzas, permitiendo articular argumentos de defensa local sin comprometer cuestiones de mayor calado que habían ido quedando, por convicción o por la fuerza, fuera de la discusión. Al mismo tiempo, sin incurrir en contradicción, las facciones ocasionalmente enfrentadas podían apelar al alto valor de la unión nacional, como elemento persuasivo y defensivo a la vez. Y es que en el tránsito del señalado desplazamiento se había ido consolidando también la tesis de la soberanía única en la Nación, algo que se hacía ostensible en la praxis política de la época. En consonancia con ese marco discursivo, el federalismo construido históricamente mediante agregaciones pacticias de jurisdicciones, se presentaba ahora plenamente asociado al concepto de descentralización, con toda la carga de unidad originaria implicada en ese significante.

9. *El recuerdo de Mitre y el olvido de la soberanía dividida.*

¿En qué medida había contribuido Mitre al señalado desplazamiento conceptual, y al consecuente abandono de la tesis de la soberanía dividida, a través de una palabra que se convirtió en lema de sus ocasionales adversarios de 1862? Tras terminar su presidencia en 1868, Mitre continuó con su labor periodística y política. En 1870 fundó el diario *La Nación*, un año después de haber asumido como senador por Buenos Aires. En 1874 protagonizó una revolución contra las autoridades nacionales, acusándolas de fraguar las elecciones presidenciales en las que había sido candidato, lo que le valió un breve tiempo en prisión. En ese contexto volvió a su labor de historiador, iniciando su *Historia de San Martín* y revisando sustancialmente, como dijimos, su *Historia de Belgrano* ⁽¹²⁶⁾.

Publicada tras los álgidos sucesos de 1874, en un contexto de conflictos no resueltos, la retitulada *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, mostraba, como hemos adelantado, un uso más asentado de la palabra autonomía. Aparecía para calificar la

⁽¹²⁶⁾ Véase J. E. PALTÍ, *La Historia de Belgrano de Mitre y la problemática concepción de un pasado nacional*, in «Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana 'Dr. Emilio Ravignani'», Tercera serie, XXI (2000), pp. 75-98.

condición de Portugal tras su separación de la Monarquía española en 1640 ⁽¹²⁷⁾, para describir la idiosincrasia de los caudillos provinciales como una mezcla de « autonomía y nacionalismo », adjetivando ese movimiento como « anárquico » con aspiración de un « sistema autonómico » ⁽¹²⁸⁾. En su relato, las provincias reasumían « su autonomía » cada vez que rompían con las autoridades centrales ⁽¹²⁹⁾. En un registro similar al expresado en las primeras ediciones sobre los movimientos provinciales, decía ahora que los pueblos, bajo el gobierno arbitrario de los caudillos, se habían movilizado siguiendo « sus instintos indisciplinados de independencia individual, autonomía provincial y federación nacional » entregándose a « esas nuevas soberanías de hecho » para bosquejar toscamente « los contornos de su constitución política » ⁽¹³⁰⁾. Las referencias a los poderes provinciales aparecen generalmente relacionados con la noción de autonomía o autonómico, o a lo sumo como « soberanías de hecho », o « proclamadas » ⁽¹³¹⁾. La única referencia a las provincias como estados « soberanos e independientes » está vinculada a una acción modulada por la nota de la anarquía ⁽¹³²⁾. En contrapartida, la palabra soberanía, al igual que en las primeras ediciones, se muestra frecuentemente relacionada con una referencia a su carácter popular in abstracto, o a la nación, o al conjunto de las « provincias unidas » ⁽¹³³⁾.

Esas perspectivas se reflejarían en algunas de sus actuaciones parlamentarias de esta nueva etapa de su vida. Siendo diputado nacional, en 1878, durante el debate de un proyecto relativo a la fijación de fronteras, trazó una línea genética de la soberanía territorial argentina que partía de la « la conquista en nombre de la civilización cristiana », en la que el territorio poseído por los reyes fue distribuido « administrativamente », sin que « las circunscripciones administrativas o municipales », las « provincias de enton-

⁽¹²⁷⁾ MITRE, *Historia de Belgrano y de la independencia*, cit., I, pp. 79-80.

⁽¹²⁸⁾ *Ivi*, p. 167, 169.

⁽¹²⁹⁾ *Ivi*, p. 221; III, p. 287.

⁽¹³⁰⁾ *Ivi*, III, p. 32.

⁽¹³¹⁾ *Ivi*, II, p. 102.

⁽¹³²⁾ *Ibidem*.

⁽¹³³⁾ *Ivi*, I, pp. 214, 249, 264, 285, 387, 484, 492, 502, 505; vol. II, pp. 44, 214, 393, 412, 529.

ces », obstaran en nada a la plenitud del soberano ⁽¹³⁴⁾. Un año después, en 1879, defendió el derecho de la Nación a mantener la intervención de La Rioja, cuyo gobernador se había resistido a cumplir algunas leyes nacionales alegando que su provincia era un « estado soberano e independiente ». Las expresiones de Mitre fueron categóricas a este respecto, afirmando que « sólo los mandos ignorantes como [el gobernador] Almonacid, que aspiran a la impunidad, pueden decir que La Rioja es un Estado soberano e independiente ». Pero más aún, situando su discurso en un nivel teórico, sostuvo:

Sólo algunos que han teorizado sobre la extensión de las facultades de los estados haciendo política por su cuenta, pueden sostener que los estados son soberanos. En la República Argentina no hay más soberanía que la soberanía nacional, soberanía suprema, y ante esta soberanía todos tienen que inclinarse ⁽¹³⁵⁾.

Estas enfáticas afirmaciones representan un cambio de registro con respecto a sus intervenciones parlamentarias precedentes, en las que no dudaba en utilizar la expresión « soberanía provincial » cuando el argumento lo requería ⁽¹³⁶⁾. No faltan otras ocasionales referencias a la soberanía provincial en sus discursos previos a 1874 ⁽¹³⁷⁾. Es posible que sus reflexiones como historiador, después de su frustrada revolución, marcaran ese sutil cambio discursivo. Ciertamente que la retórica parlamentaria no es buen ámbito para examinar la coherencia de un orador. Sin embargo, parece claro que

⁽¹³⁴⁾ MITRE, *Obras*, cit., vol. XVII, p. 113.

⁽¹³⁵⁾ Ivi, pp. 206-207.

⁽¹³⁶⁾ En 1869, sobre intervención de San Juan, dijo que hablaba en defensa « de la soberanía de San Juan », B. MITRE, *Arengas parlamentarias*, Buenos Aires, W. M. Jackson, s/f, p. 108. El mismo año, debatiendo la jurisdicción para realizar obras en el puerto, sostuvo que « en el sistema federal cada Estado tiene la capacidad de soberanía propia en la órbita de su derecho » B. MITRE, *Cinco discursos sobre la cuestión puerto de Buenos Aires pronunciados en el Senado Nacional*, Buenos Aires, s. d. [1870], pp. 40-41. Sostuvo también en 1869, hablando sobre la residencia de las autoridades nacionales, que podían coexistir « la soberanía general, la soberanía provincial, la soberanía municipal, y hasta la soberanía individual », MITRE, *Obras*, cit., vol. XVII, pp. 467-468.

⁽¹³⁷⁾ Así en su discurso pronunciado en la convención para reformar la constitución de Buenos Aires, en 1871, o en su programa electoral de 1873, en MITRE, *Obras*, vol. XVII, pp. 34-35 y 71-72.

las ideas expresadas en sus discursos de finales de la década de 1870 reflejan una perfecta sintonía con el léxico más reflexivo de su registro historiográfico coetáneo. Sería este registro, similar en este punto al de su contemporáneo Vicente F. López, el que fijaría una impronta determinante en la doctrina de los constitucionalistas de finales del XIX y principios del XX sobre la serie tópicos en los que se ponía en juego el desplazamiento de la vieja soberanía dividida por el par « soberanía nacional-autonomía provincial » (138).

Si bien en el ámbito académico del derecho el principio de la soberanía dividida seguiría primando hasta finales del siglo XIX, ya en 1874, una tesis doctoral presentada en la Universidad de Buenos Aires, bajo el título de « Soberanía provincial », sostenía, en línea con Alberdi, el carácter único e indivisible del pueblo argentino, a quien pertenecía exclusivamente la « soberanía », explicando el origen de los poderes locales en un acto de delegación del pueblo de la Nación (139). Pero más allá de los diversos posicionamientos sustanciales, la noción de autonomía se difundiría especialmente como categoría historiográfica en los tratados de derecho constitucional más significativos de la época.

El *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo* de Estrada, que compendia una serie de lecciones pronunciadas entre 1877 y 1880, recurre con frecuencia a la categoría autonomía, tanto para calificar la condición histórica de las colonias norteamericanas, por ejemplo, como para identificar el poder de los estados bajo ese orden constitucional. Hay, en cambio, una sola referencia a las « soberanías provinciales » para señalar el objeto de representación en la cámara de senadores, pero también para advertir inmediatamente que el senado y la cámara de diputados representan en su conjunto a la nación organizada (140). En otras de sus obras, este

(138) CHIARAMONTE, BUCHBINDER, *Provincias, caudillos*, cit., p. 93 e ss. Sobre la polémica historiográfica entre Mitre y V. F. López, PALTÍ, *Las polémicas*, cit., 167-209. Nuestra opción por Mitre para este trabajo se justifica en los párrafos que siguen.

(139) A. GIL, *Soberanía provincial*, tesis doctoral, Buenos Aires, 1874, p. 23; v. ZORRAQUÍN BECÚ, *El federalismo argentino*, cit., p. 148.

(140) J.M. ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*, Buenos Aires, Compañía Sudamericana de Billetes de Bancos, 1895. Referencias a autonomía en el sentido señalado, en pp. 10, 121, 199, 206, 214, 269, 339, 367, 381, 403, 425, 474; la referencia a las « soberanías provinciales » en p. 221.

autor dirá que un gobierno federativo como el argentino « no se funda en la alianza de Estados independientes, sino en instituciones emanadas de la soberanía nacional » (141).

Imbuidos ya en el marco del lenguaje político administrativo que estructura el desarrollo estatal de la época, junto con el peso de la coetánea historiográfica orientada en el mismo sentido, los constitucionalistas de finales del XIX reflejan el quiebre de la tesis de la soberanía dividida, y la consecuente consolidación de la expresión « autonomía provincial ». Incluso en algunos autores que tempranamente parecen romper con la tradición nacionalista para sostener la tesis de un origen « contractual » de la nación, como es el caso de Ramos Mejía en 1889, la palabra autonomía tiene un lugar preponderante. En su *Federalismo Argentino*, utiliza « autonomía » como categoría para referirse a la condición de los pueblos desde la antigüedad hasta su tiempo presente; sensible a las fuentes históricas, señala, no obstante, que las ciudades y cabildos se declararon « soberanos » representantes del pueblo tras la revolución, algo que luego califica como una « ficción » (142). Pese a su posición sobre el origen de la Nación, el federalismo para él encontraba su base común en la « autonomía de las ciudades-cabildos » (143).

La palabra autonomía parecía haber cerrado así un giro entre la primera historiografía nacional de mediados del XIX y el lenguaje constitucional de finales de ese siglo. El entrelazamiento de su uso en uno y otro campo se tornaba para entonces indiscernible, reflejándose su consagración en ambos juegos de lenguaje. Al mismo tiempo, esta consagración lexical era reflejo e indicador de una dinámica política cuyo protagonista exclusivo, en el plano institucional, se localizaba para entonces en el estado nacional. Siendo así, razonablemente podía un reconocido jurista plantear, en 1908, una abierta impugnación a la constitución de 1853-1860, convocando a un sinceramiento político para superar el federalismo y sancionar un

(141) J.M. ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional* (1880), Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina, 1927², v. I, p. 236.

(142) F. RAMOS MEJÍA, *El Federalismo Argentino (Fragmentos de la historia de la evolución argentina)*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1889, p. 250.

(143) Ivi, p. 16; otras referencias en ese sentido, p. 24, 28, 30, etc.

sistema unitario con «una sola ley, una sola justicia y un solo gobierno para toda la nación» (144).

Aunque esas expresiones de unitarismo no tuvieron acogida, reflejaban de por sí lo que, en el plano político, había sido la quiebra del dualismo federal (145). Chiamonte y Buchbinder sostienen que expresiones de unitarismo como esas fueron tácitamente rebatidas por Nicolas Matienzo en sus lecciones de derecho constitucional, impartidas desde 1915 en La Plata. Los mismos autores han señalado que la obra de Matienzo tiene la virtud de procurar una explicación del federalismo argentino desligada de los modelos teóricos, sobre la base de que había tantos federalismos como países lo practicaban (146). En esa línea, Matienzo consideraba que la preexistencia de las provincias era un hecho consumado hacia 1853 y que, en consecuencia, no había más que acatar esa evolución histórica (147). Sin embargo, se mostraba abiertamente partidario del principio de la uniformidad legislativa, tanto a nivel sustantivo como procesal, criticando que la Constitución hubiera dejado esta última competencia en el ámbito provincial. En cuanto a la soberanía, sus palabras son muy elocuentes sobre el abandono de la soberanía dividida: «No hay en la República Argentina tantas soberanías como provincias, como no hay en los Estados Unidos tantas soberanías como Estados». De acuerdo con las doctrinas de la época, Matienzo distinguía por medio de esa noción de soberanía a las «simples confederaciones» de aquellos sistemas donde «todo el país forma una entidad ante el Derecho Internacional, y al mismo tiempo una unidad de soberanía». Ello no le impedía reconocer que en el lenguaje constitucional argentino se había usado la noción de «soberanía provincial», aunque señalaba que ya no se la empleaba al hablar «de política interior». Con respecto a la soberanía, sostenía que no tenía entonces otro sentido que el de «autoridad

(144) R. RIVAROLA, *Del régimen federativo al unitario. Estudio sobre la organización política de la Argentina*, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1908, p. 23.

(145) Sobre dicho proceso, BOTANA, *El orden*, cit., p. 100 e ss.

(146) CHIARAMONTE, BUCHBINDER, *Provincias, caudillos*, cit., p. 113.

(147) J. N. MATIENZO, *Lecciones de derecho constitucional dadas en la Universidad de la Plata* (1916), segunda edición revisada, Madrid, Imp. Hernández y Galo Sáez, 1926², p. 39.

suprema de la nación », y que para hablar de las provincias, aquella palabra había « sido reemplazada en nuestro vocabulario político [...] por esta otra: *autonomía* » ⁽¹⁴⁸⁾.

Dicho reemplazo no era objeto de una especial explicación; no parecía problemático en absoluto; aunque ese silencio, tal vez hiciera algo de ruido en el autor. Quizás por esto Matienzo se permitiría recordar una anécdota que contribuye, en nuestra opinión, a elucidar el derrotero de este significativo desplazamiento en el lenguaje constitucional. Comenta que con motivo de un proyecto presentado por uno de los senadores bonaerenses para crear una nueva provincia en el sur del territorio de Buenos Aires, fue comisionado por una « reunión de vecinos » para convencer al otro senador de dicha provincia, a la sazón el general Mitre, para que se opusiera al fraccionamiento territorial que implicaba el proyecto. Según su evocación, Mitre respondió que no se opondría al proyecto si era ventajoso para la Nación, agregando a continuación:

He sido también defensor de eso que se llamaba la *soberanía* de las provincias, y que ahora se llama *autonomía*. Yo mismo introduje la palabra *autonomía* para reemplazar a aquella, a fin de que no se equivoquen las provincias sobre el alcance de su jurisdicción ⁽¹⁴⁹⁾.

Recordando esas palabras de Mitre, Matienzo juzgaba equivocada esa auto-atribución que el viejo general hacía con respecto a la introducción de la palabra *autonomía*, no obstante reconocer que « la idea era buena y el sentimiento mejor ». Cerrando la anécdota, Matienzo hacía una última reflexión que nos devuelve al tópico sobre el poder creativo de las palabras, esa virtud del lenguaje que, como hemos visto, Mitre había sabido utilizar precozmente. En esa reflexión final, Matienzo decía:

Siempre habrá en la historia humana esta influencia de la palabra sobre el espíritu de las gentes. Sustituir un término tan ampuloso como el de *soberanía*, por uno más modesto, como el de *autonomía*, debió de contribuir, efectivamente, a hacer cambiar un poco las opiniones localistas, que el general Mitre, mejor que nadie, conocía que habían existido en esta provincia [de Buenos Aires] durante las épocas anteriores a 1880 ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, p. 204.

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi, p. 205 (itálicas originales).

⁽¹⁵⁰⁾ Ivi, p. 206 (itálicas originales).

10. *Reacciones tardías y confirmaciones.*

La reflexión de Matienzo sobre el recuerdo de las palabras de Mitre, demuestra una clara conciencia sobre la valencia política de un cambio de palabras aparentemente inocuo. Sin embargo, el uso que historiadores y constitucionalistas venían haciendo de la palabra autonomía, sobre todo como categoría historiográfica, contribuía a obliterar la percepción de aquel efecto. Incluso entre aquellos autores que levantaron algunas tempranas objeciones a la interpretación mitrista con respecto al papel de los caudillos y las provincias en la construcción de la Nación, la palabra autonomía aparecía utilizada, ya como categoría historiográfica, ya como concepto constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la *Historia Constitucional de la República Argentina* de Luis Varela, publicada en 1910, o del *Derecho Constitucional Argentino* de González Calderón, cuya primera edición data de 1917 ⁽¹⁵¹⁾.

Cuando el proceso de sustitución se había consumado, algunas voces intentaron rebatir, en el plano teórico, el furtivo reemplazo de la vieja soberanía provincial por la nueva autonomía. En este intento destaca la figura de Clodomiro Zavalía, profesor de Derecho Público Provincial y director de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la década de 1920. En una serie de trabajos publicados en esos años, Zavalía procuró mostrar que « por más que se pretenda, el concepto de autonomía no equivale al de soberanía, salvo que se admita para aquella la acepción antigua » ⁽¹⁵²⁾. Esa acepción antigua, que era la que Tucídides había aplicado a los estados que se gobernaban por sus propias leyes y no estaban sometidos a ningún poder extranjero, no era, sin embargo, sostenible — argüía el autor — a comienzos del siglo XX, pues estaba claro que la voz autonomía significaba « descentralización más o menos amplia ». Zavalía recuperaba entonces el lenguaje

⁽¹⁵¹⁾ L. VARELA, *Historia Constitucional de la República Argentina*, 3 voll., Impresiones Oficiales, La Plata, 1910; J. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*, 3 voll., Buenos Aires, Lajouane, 1917-1918.

⁽¹⁵²⁾ C. ZAVALÍA, *Soberanía y Autonomía*, in « Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales », vol. VI, n. 20, Buenos Aires, 1927, pp. 742-759, p. 746. Los mismos argumentos serían mantenidos todavía en la tercera edición de su tratado *Derecho Federal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 2 voll., 1941³, I, pp. 106-120.

del derecho comparado (Suiza y Estados Unidos), el de los debates constituyentes, el de los primeros publicistas y algunas sentencias de la Corte Suprema argentina, para rechazar la hipótesis de que en todos esos precedentes se hablara de « soberanía » y no de « autonomía » sólo por « incompreensión o ligereza » (153). Respondía así a la tesis de la « confusión » que hemos señalado al comienzo de estas páginas. Haciendo un razonamiento inspirado en una « interpretación auténtica », Zavalía consideraba impropio llamar *autonomía*

a la situación institucional en virtud de la cual las provincias se dan sus instituciones, se gobiernan por ellas, eligen sus gobernantes, invisten de autoridad a sus jueces y legislan sobre asuntos de interés local (154).

En este ya desfasado intento por rescatar la tesis de la soberanía dividida, Zavalía centraba su argumento sobre la expresión del texto constitucional (repetida en fallos de la Corte Suprema) según la cual las provincias habían « conservado » el poder no delegado a la Nación. Dicha conservación no podía estar referida sino a una cuota de soberanía sin la cual no era concebible que las provincias legislaran ni que invistieran de autoridad a sus jueces; éstos, dice el autor, « carecerían de *imperium* si su investidura no tuviese origen en la soberanía del Estado particular » donde ejercen su jurisdicción. Para sostener su postura, debía acudir a la historia y recordar que las provincias no habían perdido su personalidad política cuando se unieron mediante pactos, antes de la Constitución. Por ello, discrepando con el citado González Calderón, consideraba « incongruente llamar a las provincias *simples entidades autónomas* ». La autonomía era, en todo caso, una consecuencia de la « existencia soberana » de las provincias (155). En el trasfondo se situaba un punto de partida según el cual el poder de las provincias era un derivado de su originaria jurisdicción histórica.

Pero expresiones como las de Zavalía se situaban ya en los márgenes de un consenso doctrinario que miraba ahora al federalismo con los lentes del concepto de « descentralización ». Para Arturo M. Bas, profesor de Derecho Público Provincial en Córdoba,

(153) ZAVALÍA, *Soberanía*, p. 748.

(154) Ivi, p. 750.

(155) Ivi, pp. 746, 753, 749-750.

contemporáneo de Zavalía, la « autonomía de las provincias, consagrada por el mismo pueblo soberano de la nación », era una noción absolutamente diversa a la « soberanía individual y originaria » que algunos pretendían « erróneamente » atribuir a cada una de ellas. La idea de *autonomía* — sostiene Bas — admite la subordinación a una autoridad central, mientras que « la *soberanía* excluye este último concepto ». Para este autor, en el sistema federal, que se basa en principios de « descentralización », la soberanía nacional « acepta » la autonomía de las provincias, siendo ello, a su vez, una distinción clave con respecto a las estructuras confederales. Aquí radicaba la diferencia más substancial: en la confederación los estados soberanos pueden desligarse mientras que el gobierno federal « fundado en la *única soberanía nacional*, no está sujeto a las veleidades ni resoluciones de las partes componentes », debiendo considerarse como rebelión cualquier tentativa de escisión ⁽¹⁵⁶⁾.

Un desplazamiento del lenguaje que condensaba en sí décadas de luchas políticas, podía presentarse como un abstracto problema conceptual para quienes procuraban racionalizar el resultado de un azaroso proceso, cargado de contingencias y contradicciones. Por un lado, la idea de poder « conservado » se ajustaba mejor al tradicional origen jurisdiccional de la soberanía provincial, pero la noción de descentralización se imponía desde el potente lenguaje administrativo moldeado en función de la unidad del estado nación. Por el otro, la idea de « conservación » de poderes no resultaba fácilmente aplicable a las nuevas provincias que la Constitución autorizaba a crear, aunque la mera descentralización no podía explicar por qué las provincias eran « indestructibles » ni por qué todas debían participar en igualdad de condiciones en la federación, a pesar de las groseras diferencias sociopolíticas y económicas entre ellas. Si bien el binomio autonomía provincial — soberanía nacional no resolvía estas contradicciones por sí solo, resultaba menos problemática su proyección a las « nuevas provincias » y, a la vez, satisfacía los criterios del otro gran campo jurídico desde el que se configuraba el orden estatalista: el derecho internacional.

A tal punto se había naturalizado para entonces la « autonomía

(156) BAS, *El Derecho Federal*, cit., pp. 8-12 (Itálicas originales).

provincial » que, hacia 1928 tenía ya su propia historia, la misma que justificaba su papel como concepto constitucional ⁽¹⁵⁷⁾. Como en las discusiones de los años 60 del siglo XIX, las críticas contra el centralismo y el abuso del intervencionismo del gobierno nacional en las provincias, se hacían desde la noción de « autonomía provincial », que aparecía historizada en términos similares a los que Mitre había presentado en su historia de Belgrano, es decir, como fruto del proceso de disolución social de comienzos del XIX. Ocupando el lugar de la vieja soberanía, la autonomía de las provincias podía remontarse hasta sus momentos fundacionales, calificándose ya como « autónomos » a los viejos cabildos coloniales. Para entonces, una tesis escrita en defensa de los derechos de las provincias debía comenzar reconociendo que « la soberanía relativa » de las provincias era « un ideal inaccesible a las realizaciones efectivas » ⁽¹⁵⁸⁾.

En esa época, la Corte Suprema argentina, que hasta 1926 había usado en sus fallos el concepto de « soberanía provincial », junto con la tesis de la soberanía dividida, cambiaría su lenguaje para sostener, en 1929, que el régimen de la Constitución estaba fundado « en la coexistencia de la soberanía nacional y la autonomía provincial » ⁽¹⁵⁹⁾. Con este aserto justificaba la Corte la actuación del interventor federal en la provincia de Mendoza, argumentando que la intervención consistía en ejercer « en nombre de la soberanía nacional » una autoridad plena, más o menos extensa, dentro de cada provincia ⁽¹⁶⁰⁾. Dos años más tarde, otro fallo confirmaría el cambio de rumbo, cuando la Corte sostuvo que « la autonomía de los Estados » debía ceder ante « la soberanía única de la Nación » ⁽¹⁶¹⁾. Para entonces hacía ya tiempo que el desplazamiento conceptual se había consolidado.

⁽¹⁵⁷⁾ O. GIL, *Autonomía Provincial. Historia y Concepto Constitucional*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Méndez, 1928.

⁽¹⁵⁸⁾ Ivi, pp. 57-59, 24, 9.

⁽¹⁵⁹⁾ *Fallos*, cit., vol., 154, 1929, p. 197.

⁽¹⁶⁰⁾ Ivi, p. 200.

⁽¹⁶¹⁾ *Fallos*, cit., vol., 168, 1934, p. 105; ZORRAQUÍN BECÚ, *El federalismo*, cit., pp. 147.

11. *Reflexiones finales.*

De la misma forma que el binomio « soberanía nacional — autonomía provincial » conforma un dogma en el lenguaje constitucional actual, la historiografía política de hoy suele sostener que con el final de la Confederación rosista (1852) y la subsecuente construcción de la unidad nacional, había llegado a su fin « una forma de gobierno caracterizada por una *descentralización autonomista* »⁽¹⁶²⁾. Sin embargo, a la luz de los testimonios que hemos analizado, es posible sugerir que, a la inversa de lo que se afirma, lo que ocurrió durante la segunda mitad del XIX, fue un desplazamiento por el cual la vieja impronta jurisdiccional que ligaba la soberanía provincial a los fueros históricos, dio paso a una noción de autonomía esencialmente vinculada al lenguaje de la descentralización, con todos sus presupuestos implícitos de estatalidad y centralización originaria. Desde entonces, la reconstrucción histórica del federalismo, bajo esos presupuestos, llevará implícito un sentido limitativo de la experiencia que se manifiesta en la opción por la palabra autonomía y que estaba ausente en la antigua « soberanía provincial ».

Aunadas así, la teoría constitucional y la narrativa historiográfica, obliteran el hecho de que los conceptos de soberanía y autonomía fueron recortados, históricamente, en forma especular, de tal modo que el segundo vino a neutralizar cualquier ingrediente semántico potencialmente separatista, al tiempo que la noción de soberanía quedó unificada y exclusivamente reservada para calificar un atributo del estado nacional — no del pueblo ni de los gobiernos — en tanto que unidad de derecho internacional con supremacía interior⁽¹⁶³⁾.

Sin lugar a dudas que diversos factores contribuyeron a esa mutación en el lenguaje constitucional argentino. Desde las propias razones geopolíticas que determinaron la centralidad de Buenos Aires, con la consecuente necesidad de las provincias de aspirar a un reparto de las rentas aduaneras mediante la nacionalización de la

⁽¹⁶²⁾ BOTANA, *El orden*, cit., p. 29 (itálicas originales).

⁽¹⁶³⁾ Así la presentaba ZORRAQUÍN BECÚ en su tesis de 1939, *El federalismo argentino*, cit., p. 142.

ciudad puerto y la participación de sus elites en la estructura de los poderes nacionales, hasta la influencia de los teóricos europeos del estado, cuyos nombres (Duguit, Jellinek, Gierke, Posada, entre otros) aparecerían una y otra vez citados en los argumentos vinculados a la cuestión, sin dejar de considerar también la significativa lectura del proceso de consolidación norteamericano, mediante las referencias a Webster, Story, Bryce y al célebre fallo *Texas vs. White*.

Seguramente que, de haber sido cierta, la operación performativa que Mitre se auto-atribuyó al final de su vida, según la evocación de Matienzo, no hubiera sido imaginable sin la concurrencia de esos factores. Fue, sin embargo, su pluma de historiador y político enrolado en un proyecto de construcción estatal, la que le asignó al término « autonomía » un lugar a la sombra de los nuevos sentidos que la época imprimía a los conceptos políticos fundamentales. Bajo ese punto de partida, es posible también que, antes que por una reflexión teórica específica, el éxito del desplazamiento hubiera estado asegurado desde el momento en que la nueva palabra se convirtió en lema fundamental de sus adversarios ocasionales, aquellos que, desde 1862, identificaron su facción como « autonomista ». Desde entonces, la categoría historiográfica y el concepto político comenzaron a dar forma a un elemento clave del consenso interpretativo actual del orden constitucional. Ese sutil pero efectivo cambio terminológico vino a consagrar así, definitivamente en el plano simbólico, el triunfo político de quienes, por motivos diversos, orientaron el desarrollo del país hacia la gravitación excluyente del estado nacional, imponiendo, a la vez, una particular lectura del federalismo instituido por la Constitución.

ANDREA BUSSOLETTI

AUTONOMIA E FEDERALISMO TRA DIRITTO E SCIENZA POLITICA: IL PENSIERO DI GIANFRANCO MIGLIO

1. Introduzione. — 2. Gli studi su Marsilio da Padova. — 3. La critica alla costruzione dello Stato unitario. — 4. La stagione costituzionalista e l'accantonamento del federalismo. — 5. La crisi dello Stato di diritto e il neo-federalismo. — 6. Conclusioni. L'eredità di Gianfranco Miglio.

1. *Introduzione.*

I lemmi *autonomia* e *federalismo* hanno acquisito una importanza crescente tra la conclusione del XX Secolo e l'avvio del XXI, tanto da uscire dalla sola sfera del dibattito degli operatori giuridici per entrare nella terminologia della polemica politica quotidiana, anche per effetto dell'azione di movimenti che, contestando gli ordinamenti esistenti, auspicavano un nuovo « strumento diretto di partecipazione dei cittadini al governo dello Stato » (1).

Per analizzare la trasformazione del valore semantico di questi due termini si è scelto di focalizzare l'attenzione sul pensiero di Gianfranco Miglio, uno dei pensatori più originali nel panorama italiano del dopoguerra, studioso del fondamento politico dello Stato e continuatore del filone realista di Carl Schmitt. La parabola di Miglio è di notevole interesse, in quanto egli fu al tempo stesso testimone e artefice di tale trasformazione. Testimone attento ai processi evolutivi che portarono all'affermazione ed al conseguente declino del modello dello Stato moderno; artefice in virtù della militanza politica personale durante i suoi ultimi anni di vita, quando assurse al ruolo di ideologo e padre nobile del leghismo.

(1) C. PETRACCONI, *Federalismo e autonomia in Italia dall'unità ad oggi*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 7.

Gianfranco Miglio, nato a Como nel 1918 e ivi spentosi nel 2001, ha rappresentato una figura *sui generis* nell'ambito delle scienze sociali. Lo dimostra il fatto che nessuna delle definizioni adottate per la sua opera calzi appieno con la vastità dei suoi interessi. Dopo una fase iniziale di studi medievalisti sul sistema delle relazioni internazionali, in particolare sulla figura del filosofo Marsilio da Padova, nella seconda metà degli anni Cinquanta egli si dedicò alla storia dell'amministrazione pubblica. Negli anni Sessanta alcuni saggi e prolusioni in occasione del centenario dell'Unità d'Italia e delle leggi di unificazione amministrativa (1965) fecero emergere il tema della critica allo Stato unitario. Gli anni Settanta segnarono un periodo di rallentamento della produzione di Miglio, che alla fine del decennio tornò ad esercitare un ruolo di primo piano inserendosi nel dibattito sulla riforma delle istituzioni.

Il politologo lombardo rivolse la propria attenzione alla critica del sistema parlamentare fondato nel 1948 e propose il suo superamento in direzione di un esecutivo forte e di un contemporaneo rafforzamento della sovranità popolare attraverso la rivisitazione dell'istituto del referendum ⁽²⁾. Il rapporto Giannini del 1979 segnò un passaggio decisivo in quanto lo stesso governo prendeva atto dei limiti del sistema in cui gli organi costituzionali agivano: in questo contesto Miglio fondò il Gruppo di Milano, un *rassemblement* di giuristi e politologi che si pose l'obiettivo di presentare una propria proposta di riforma dell'architettura istituzionale.

Durante gli anni Ottanta Miglio sembrò abbandonare l'interesse per le questioni amministrative e orientò la gran parte dei suoi interventi e pubblicazioni al tema delle lacune della forma di governo parlamentare. Egli diede ampia attenzione al tema del *decisore*, espressione usata con riferimento a un potere esecutivo forte e messo al riparo dalla contesa parlamentare, secondo uno schema che riecheggia più il modello di repubblica presidenziale americana che il semipresidenzialismo francese. Il principio a fondamento di questa impostazione fu definito dallo stesso autore con l'espressione *divisione non sostitutiva delle funzioni*, laddove si giungeva all'ipotesi

(2) Sul tema si veda G. MIGLIO *La sovranità popolare negata*, in Id., *Una repubblica migliore per gli Italiani (Verso una nuova Costituzione)*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 98-124.

di una vera e propria divisione delle carriere tra chi avesse inteso dedicarsi alle funzioni di rappresentanza e chi a quelle di governo ⁽³⁾.

L'ultima grande svolta del pensiero di Miglio coincise con le epocali trasformazioni verificatesi dopo lo sgretolamento del blocco sovietico tra il 1989 ed il 1991 ed il crollo del sistema partitico della Prima Repubblica nel biennio 1992-93. In questo passaggio la svolta fu sia teorica, sia personale. Miglio riprese il filo del suo attacco allo Stato unitario e al sistema dei partiti dei primi anni Sessanta, affinché questo bagaglio dottrinario e lo mise al servizio di un soggetto politico. Nel 1990 Miglio divenne l'ideologo della Lega Nord, un movimento politico nato dalla federazione di una serie di liste regionali, che adottò le parole d'ordine dell'*autonomia* e del *federalismo*, invocate come soluzioni per superare i problemi politici nazionali. L'influsso del pensiero migliano sul leghismo fu dirimente: il movimento politico allora guidato da Umberto Bossi, pur veicolando sentimenti diffusi nelle regioni settentrionali, difettava di una visione sistemica del rapporto tra società ed istituzioni: il *neofederalismo* dell'ultimo Miglio fu fondamentale in questo senso per il consolidamento del Carroccio oltre la dimensione della protesta antipartitica che ne aveva favorito i primi successi elettorali.

Tuttavia quest'ultima fase del pensiero di Miglio ha generato almeno due equivoci ancora oggi persistenti:

— in primo luogo, come sottolinea Campi ⁽⁴⁾, ha determinato una sottovalutazione della sua opera, connotato in modo limitativo e spregiativo per la sua militanza politica a prescindere sia dai contenuti della sua produzione scientifica, sia dalla rottura con la Lega Nord nel 1994 ⁽⁵⁾;

⁽³⁾ G. MIGLIO, *Una costituzione per i prossimi trent'anni. Intervista sulla terza repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 96.

⁽⁴⁾ A. CAMPI, *Schmitt, Freund, Miglio. Figure e temi del realismo politico europeo*, Firenze, La Rocca di Erec, 1996, pp. 113-114.

⁽⁵⁾ I motivi dell'abbandono della Lega Nord da parte di Miglio nel maggio 1994, all'indomani della vittoria elettorale della coalizione guidata da Berlusconi e comprendente la stessa Lega sono ancora oggi incerti. Miglio sostenne che vi fossero già stati motivi di tensione con il segretario leghista in precedenza, mentre Bossi sostenne che l'abbandono fu la reazione alla mancata nomina del professore comasco a un incarico ministeriale. Per la prima versione si veda G. MIGLIO, *Io, Bossi e la Lega. Diario*

— inoltre l'uso ambiguo e spregiudicato dei termini *federalismo* ed *autonomia*, (a cui si possono aggiungere espressioni quali *macroregione*, *secessione* ed *indipendenza*) da parte sia del Miglio nella sua stagione di esponente politico, sia della Lega Nord si riflette ancora oggi in una confusione semantica diffusa.

Nel presente lavoro si cercherà di fare luce su due aspetti. Innanzitutto si cercherà di ricostruire, nell'ambito di un'opera più complessiva dedicata allo studio dei concetti quale il presente volume, il significato attribuito dal costituzionalista lombardo ai termini *autonomia* e *federalismo* ed allo loro reciproche correlazioni.

Una volta tratteggiata l'evoluzione del pensiero giuridico migliano si analizzerà l'eredità che egli ha infuso nel linguaggio del leghismo e nell'ambito giuridico e politologico.

2. *Gli studi su Marsilio da Padova.*

La produzione scientifica di Gianfranco Miglio presenta un grande pregio ed un altrettanto evidente limite: il primo consiste nella multidisciplinarietà, che si manifesta nella varietà dei temi toccati. Egli, pur mostrando un'attenzione privilegiata alla dimensione decisionale del potere, spazia dalla storia delle dottrine politiche a quella dell'amministrazione dello Stato, dal ruolo dei partiti a quello delle istituzioni rappresentative. All'apparenza il limite principale è, conseguentemente, la mancanza di organicità e sistematicità. Di Gianfranco Miglio non si cita mai, non essendovi, un'opera principe, una monografia centrale nello studio del suo pensiero. Il principale volume di riferimento, *Le regolarità della politica* ⁽⁶⁾ (1988), è infatti una raccolta di contributi curata dagli allievi in occasione del settantesimo compleanno del politologo e costituzionalista.

Miglio fece il proprio ingresso nel mondo accademico negli stessi anni in cui l'Europa e il mondo intero erano attraversati dalla

segreto dei miei quattro anni sul Carroccio, Milano, Mondadori, 1994; per la seconda invece G. PASSALACQUA, *Il vento della Padania, Storia della Lega Nord 1984-2009*, Milano, Mondadori, 2009, p. 70.

⁽⁶⁾ G. MIGLIO, *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1988.

Seconda Guerra Mondiale. La vicenda bellica influenzò gli interessi dello studioso comasco, come testimoniato dalle sue prime due pubblicazioni nel 1942 (7). Il saggio *La crisi dell'universalismo medioevale e la formazione ideologica del particolarismo statutale moderno* costituisce un importante punto di partenza ai fini della presente analisi.

Il saggio analizza la figura di Marsilio Mainardini, filosofo vissuto tra il XIII e il XIV secolo, la cui opera più conosciuta è il *Defensor pacis*, del 1324. L'opera del filosofo, meglio noto come Marsilio da Padova, aveva per oggetto la questione dei poteri universali medievali (Papato e Impero) e la loro entrata in crisi per l'emergere di una nuova realtà, lo Stato, che riuscì ad affermarsi rivendicando uno spazio proprio.

In quest'analisi Miglio fece ricorso per la prima volta al termine *autonomia*, usato come categoria per interpretare il pensiero marsiliano. L'*autonomia* è un attributo associato ad una convivenza di una pluralità di individui capace di affermare la propria autorità non riconoscendo la presenza di entità ad essa sovraordinate. La capacità di costituirsi come ordine non riguardava più una realtà di tipo universale, come pretendavano di essere il Papato e l'Impero, bensì gruppi intermedi: essi acquisivano tale forma, il cui fondamento teorico risiedeva nel fatto di disporre in sé il principio della propria organizzazione. La condizione che precede la crisi dei poteri universali e spinge le comunità particolari a imporre i propri ordinamenti giuridici risiede in un'altra categoria derivata dal linguaggio aristotelico: l'autarchia, intesa come *autosufficienza*. La discendenza e il legame tra autonomia e autarchia è di particolare interesse se si considera che all'epoca l'accezione prevalente era quella di Santi Romano, il quale poneva i due termini in contrapposizione reciproca. Infatti, secondo l'insigne giurista gli enti locali non erano realtà

(7) Trattasi di G. MIGLIO, *La controversia sui limiti del commercio neutrale fra Giovanni Maria Lampredi e Ferdinando Galiani: ricerche sulla genesi dell'indirizzo positivo nella scienza del diritto delle genti*, Milano, ISPI, 1942 e del saggio qui menzionato ID., *La crisi dell'universalismo medioevale e la formazione ideologica del particolarismo statutale moderno*, Padova, CEDAM, 1942.

pre-esistenti allo Stato (*autonomia*) bensì esistevano solo in quanto emanazione e derivazione di esso (*autarchia*) (8).

Lo scritto del 1942, rifacendosi a un tema filosofico, non pose particolare attenzione alla questione degli ordinamenti giuridici. L'elemento di novità di questa interpretazione, nell'ottica dello sviluppo futuro del pensiero di Miglio, sta nel fatto che le caratteristiche di *perfectus* e di *per se sufficiens* su cui si fonda l'autarchia sono attribuite al termine Stato. D'altro canto è lo stesso Miglio a far notare nella sua opera di esegesi che Marsilio adotta una definizione di Stato vaga, che nella sua contemporaneità medievale non indica il moderno Stato nazionale, bensì una serie di forme all'interno delle quali è possibile ricomprendere tutte le *civitates superiorem non recognoscentes* (9), siano esse Stati, principati, regioni o comuni. L'*autonomia* dello Stato, in primo luogo dal potere ecclesiastico, discende in tal senso logicamente dall'*autarchia*. In definitiva un ente può affermare i propri ordinamenti come conseguenza della propria perfezione ed autosufficienza.

Nella ricostruzione del superamento dei presupposti teorici dei poteri universali medievali è presente un argomento che in seguito avrebbe utilizzato proprio nei confronti dello Stato nazionale: il rifiuto del *dogma dell'unità*, che comporta il riconoscimento delle autorità superiori (Chiesa e Imperatore) solo come espressione di una esigenza coordinatrice. La negazione della *reductio ad unum* in favore del pluralismo degli stati sembra altresì anticipare di quasi cinquant'anni le argomentazioni di Miglio di fronte alla crisi della Repubblica.

Gli studi giovanili del pensiero di Marsilio da Padova erano però piuttosto rivolti, come sostenne in seguito lo stesso autore, a soddisfare un interesse riguardante il sistema delle relazioni internazionali scosso dal conflitto mondiale. In tal senso il riconoscimento delle esigenze coordinatrici rimanda al fallimento della Società delle Nazioni e l'affermazione del valore del pluralismo al rifiuto

(8) S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. 4, parte 1, Milano, Società Editrice Libreria, 1897.

(9) MIGLIO, *La crisi dell'universalismo medievale*, cit.

della politica di potenza delle dittature ⁽¹⁰⁾. Dopo il saggio su Marsilio, Miglio tornò a fare ricorso al concetto di *autonomia* alla fine degli anni Cinquanta. Nel frattempo egli aveva spostato i propri interessi ad un'altra area. Allo stesso tempo si preparava una ricorrenza importante, destinata a stimolare le sue ricerche: il centesimo anniversario dell'Unità d'Italia.

3. *La critica alla costruzione dello Stato unitario.*

Durante gli anni Cinquanta Miglio si dedicò alla ricostruzione storica degli ordinamenti della pubblica amministrazione, cui attribuiva una propria sfera distinta sia dalla storia politica, sia da quella giuridica. L'avvicinarsi del centenario dell'unificazione nazionale stimolò un dibattito, che coinvolse in prevalenza storici e giuristi, avente per oggetto la relazione tra lo stato di salute delle istituzioni repubblicane e l'eredità che la classe dirigente liberale aveva lasciato in termini di ordinamenti giuridici.

L'opera di Miglio in questi anni fu influenzata dal pensiero di Lorenz Von Stein. Dalla lettura che quest'ultimo dà del rapporto tra Stato e Società Miglio deriva l'espressione *obbligazione politica*, usata per definire il tipo di rapporto che si concretizza nell'ambito dello Stato moderno. Tale obbligazione tende al principio dell'uguaglianza formale dei suoi sottoposti, laddove la società è lo spazio « della disuguaglianza e della soggezione » ⁽¹¹⁾. Miglio non fu sostenitore di una concezione monistica, tale per cui uno dei due aspetti era destinato o avrebbe dovuto affermarsi sull'altro. Egli, sempre citando von Stein, affermava che le due dimensioni di Stato e Società avrebbero teso a un equilibrio dinamico.

Nei contributi di questi anni Miglio fece uno scarso ricorso al lemma *autonomia*. Una testimonianza indicativa di questa impostazione si può ricavare dalle *Premesse ad una metodologia della storia amministrativa* (1964), in cui il professore comasco incluse i Comuni

⁽¹⁰⁾ G. MIGLIO, *Considerazioni retrospettive*, in ID., *Le regolarità della politica*, cit., vol. I, p. XXXIII.

⁽¹¹⁾ G. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *La scienza dell'amministrazione. Atti del I Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione*, ora in ID., *Le regolarità della politica*, cit., p. 302.

e le Metropoli nella categoria delle *corporazioni territoriali* ⁽¹²⁾. L'adozione di tale espressione, ripresa anche nel saggio *Le contraddizioni dello Stato unitario* (1965), sembra indicare una concezione dell'ente locale come somma di interessi economici individuali più vicina al diritto privato che a quella definizione di *communitas superiorem non recognoscens* che Miglio, attraverso Marsilio, aveva definito come fondamento dell'*autonomia*.

Tutto questo non significa però che Miglio fosse sostenitore di una visione ispirata alla centralizzazione dell'ordinamento giuridico. Al contrario egli in più riprese tra il 1959 ed il 1965 produsse una serie interventi critici in occasione degli anniversari degli eventi che portarono all'Unificazione nazionale. Egli individuò nel processo risorgimentale le ragioni dei malfunzionamenti dell'ordinamento repubblicano: la sua originalità stette nell'attenzione prioritaria data agli aspetti della amministrazione statale e nella contrapposizione tra tale dimensione ed il principio di rappresentanza elettiva.

Il dibattito storiografico degli anni Sessanta sul tema dell'unificazione amministrativa successiva al 1861 si inserì in un contesto generale segnato dalla ricerca di un nuova formula governativa ⁽¹³⁾ e dalla questione non ancora risolta dell'attuazione del Titolo V della Costituzione nella parte riguardante l'istituzione delle Regioni a Statuto Ordinario. Le varie valutazioni delle scelte compiute dalla cosiddetta *Destra Storica* nel processo di completamento dell'unificazione a cento anni di distanza sono state riassunte da Aimo in due filoni tra loro confliggenti ⁽¹⁴⁾:

— un filone neoliberale, « sostanzialmente giustificazionista nei confronti dell'operato della classe dirigente risorgimentale » ⁽¹⁵⁾, che rifiutava l'accezione negativa del termine *piemontesizzazione*, affermando la maggiore modernità della legislazione del Regno di

⁽¹²⁾ G. MIGLIO, *Premesse ad una metodologia della storia amministrativa*, ora in *Id.*, *Le regolarità della politica*, cit., p. 436.

⁽¹³⁾ Nel 1962 prese forma il primo governo Fanfani di centro-sinistra, con l'astensione del PSI, che entrò nella compagine governativa e nella maggioranza dopo le elezioni politiche dell'aprile del 1963.

⁽¹⁴⁾ La definizione dei tre filoni alternativi di pensiero sul tema dell'unità nazionale in occasione del centenario è tratta da P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia dal 1848 a oggi*, Roma, Carocci, 2010, pp. 48-49.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

Sardegna, la quale derivando dalla matrice napoleonica non era in realtà del tutto sconosciuta agli altri Stati pre-unitari;

— una corrente filoautonomistica, che osservò come in realtà lo sviluppo degli eventi successivi al 1859 non fosse il frutto di una scelta necessaria ed inevitabile, bensì l'espletarsi di un precisa volontà politica di una classe dirigente al fine di mantenere il proprio controllo nella gestione dello Stato.

I filoautonomisti a sua volta raggruppavano una vasta galassia, all'interno della quale potevano essere facilmente individuati i due sottogruppi dei marxisti da un lato, i quali innestavano questo ragionamento nell'ambito della interpretazione gramsciana dell'unificazione nazionale come rivoluzione mancata; dall'altro dei democratici cattolici, che evidenziarono come la classe dirigente liberale, per paura soprattutto della riconquista del potere dei Borbone nel Mezzogiorno, avesse soffocato il ricco pluralismo di corpi presente nel tessuto sociale italiano.

Miglio, pur essendo agevolmente collocabile nel gruppo dei filoautonomisti di matrice cattolica, esprimeva posizioni originali al suo interno. Egli ad esempio rifiutava l'interpretazione della *piemontesizzazione* degli ordinamenti giuridici nelle terre annesse allo Stato unitario: Miglio ritenne che l'applicazione a tutto il territorio italiano della legislazione sabauda non diede vita a uno Stato centralizzato. Piuttosto nei territori degli ex Stati pre-unitari furono date applicazioni differenti agli stessi testi normativi, rendendo disomogeneo l'ordinamento complessivo. Significativa in tal senso fu la sopravvivenza all'interno dello Regno d'Italia di cinque distinte Corti di Cassazione in corrispondenza dei precedenti stati pre-unitari, di sei istituti di emissione della moneta e di tre ordinamenti penali ⁽¹⁶⁾.

Miglio negava un altro dato generalmente accettato da parte della storiografia risorgimentale, ossia il fatto che la scelta di adottare una architettura istituzionale centralista, con la limitazione dei poteri degli enti locali e il rifiuto delle proposte *regionaliste* fosse una scelta obbligata per la classe dirigente artefice dell'Unità d'Italia. Miglio menziona i disegni di legge Minghetti sulle Regioni del 1860-61, che

⁽¹⁶⁾ P. UNGARI *Giuseppe Zanardelli guardasigilli e l'avvocatura*, in *Giuseppe Zanardelli. Atti del Convegno Brescia 29-30 settembre 1983*, a cura di R. Chiarini, Milano, Franco Angeli, 1985, p. 186.

egli valutò positivamente sostenendo che « sul piano tecnico si trattava di decentramento spinto fino al limite del ‘federalismo’ » (17). Il progetto minghettiano fu respinto, per la mancanza di una classe dirigente convintamente federalista: in particolare Miglio constatò il fallimento politico dei neo-guelfi, sostenitori dell’unificazione nazionale in uno Stato di tipo federale sotto la guida del Pontefice, i quali avevano dimostrato scarso coraggio politico durante lo sviluppo delle vicende risorgimentali. Allo stesso modo l’aspirazione della classe dirigente piemontese a realizzare un ordinamento giuridico basato sull’uguaglianza formale, caratteristica tipica degli Stati di diritto,

fu precipitosa come nessun’altra; non solo, ma si unificarono norme e ordinamenti che sarebbe stato logico lasciare molteplici e si lasciarono sussistere particolarismi legislativi che si sarebbero dovuti invece rapidamente uniformare; infine profonde differenze naturali e le peculiarità tradizionali presero la loro rivincita sull’unità superficialmente imposta, ed a norme formalmente identiche corrisposero ben presto interpretazioni ed applicazioni intimamente differenziate (18).

In questo periodo il lemma *federalismo* ricevette da Miglio un’attenzione superiore rispetto a quello di *autonomia*. Miglio, anticipando in questi anni le posizioni polemiche che avrebbe ripreso con la militanza politica, usò questa categoria per emettere il proprio giudizio storico sull’operato della classe dirigente artefice dell’Unità d’Italia. I successori di Cavour bloccarono qualsiasi progetto regionalista in quanto timorosi di resuscitare lo spettro dei particolarismi pre-unitari, non permettendo così lo sviluppo di una necessaria « fase intermedia di carattere federale » (19). Lo stesso Miglio nota come tale fase sarebbe stata più facilmente attuabile se il processo di unificazione nazionale si fosse svolto in un arco di tempo più ampio, tuttavia egli lamentò come

distratti dalla clamorosa contesa tra ‘regionalisti’ ed ‘unitari’ noi tutti abbiamo sottovalutato la posizione di quegli esperti di amministrazione che [...]

(17) G. MIGLIO, *Gli aspetti amministrativi dell’unificazione nazionale*, in ID., *Le regolarità della politica*, cit., p. 383.

(18) Ivi, p. 393.

(19) G. MIGLIO, *Le contraddizioni dello Stato unitario*, in ID., *Le regolarità della politica*, cit., p. 383.

continuarono ad insistere sull'idea di una circoscrizione territoriale maggiore di quella affidata, allora come oggi, al Prefetto, e di un sostanziale accrescimento dell'autonomia e della potestà dei funzionari periferici ⁽²⁰⁾.

Il mancato accoglimento delle proposte di Minghetti aveva bloccato quel tipo di riforma federale ragionata, basata sul riconoscimento della presenza di differenze « climatiche, etniche, sociali, economiche e storiche » ⁽²¹⁾, che avrebbe reso possibile lo sviluppo di ordinamento più coeso ed omogeneo. In questo passaggio si può notare come il federalismo di Miglio mostri già una componente di carattere etnico.

Miglio, commentando le leggi Comunali e Provinciali del 1859 e del 1865, porta a compimento il suo complessivo ragionamento sul rapporto tra centro e periferia e tra amministrazione e rappresentanza. Egli prospetta la possibilità di un sistema dotato di un esecutivo centrale forte, la cui presenza nei territori è garantita dai sindaci e dai prefetti e nel quale il ridimensionamento del principio della rappresentanza elettiva favorisce il rafforzamento delle strutture amministrative locali, sottratte dalle logiche clientelari su cui si fonda il mandato elettorale. Secondo Miglio, infatti, la vera ragione dell'inefficienza del sistema era da rintracciare nell'applicazione del principio della rappresentanza elettiva a tutti gli ambiti dell'amministrazione, compresi Comuni e Province.

In questo quadro i termini *autonomia* e *federalismo*, pur non definiti in maniera esplicita assumono significati specifici e certamente originali. La prima viene sganciata dalla dimensione dell'ente territoriale per essere piuttosto declinata a descrivere i rapporti tra le strutture amministrative da un lato e le istituzioni rappresentative dall'altro. Questa concezione taglia trasversalmente la dimensione verticale lungo la quale si collocano le istituzioni tra i due poli dello Stato centrale e dei Comuni, accomunando da un lato gli apparati esecutivi e amministrativi e dall'altra le assemblee (consigli comunali, provinciali e Parlamento): l'autonomia consisterebbe nella messa al riparo dei primi dalle logiche di consorterie e clientela tipiche della seconde. La concezione del termine *federalismo* rimanda inve-

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 499.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 501.

ce alla classica interpretazione come riconoscimento originario di una pluralità di realtà differenti nel quadro della costruzione di un ordinamento giuridico unitario.

4. *La stagione costituzionalista e l'accantonamento del federalismo.*

Tra il 1968 ed il 1970 si compì una importante svolta giuridica: dopo l'approvazione della legge elettorale regionale (n. 108 del 17 febbraio 1968) si tennero il 7 e l'8 giugno 1970 le prime consultazioni per l'elezione dei Consigli regionali delle regioni a Statuto ordinario. In seguito sarebbe state approvate le prime leggi sul decentramento amministrativo, con ampi trasferimenti di funzioni alle Regioni (legge 382/1975 e D.P.R. 616/1977).

L'istituzione delle Regioni apparve ai contemporanei come il definitivo completamento dell'architettura istituzionale realizzata dai padri costituenti. Fino ad allora l'opinione prevalente dei commentatori era quella secondo cui una delle maggiori ragioni del cattivo rendimento delle istituzioni era rintracciabile proprio nel mancato compimento delle disposizioni costituzionali. Dopo tale svolta invece fu proprio tale architettura ad essere considerata come fattore di debolezza istituzionali. Negli anni conclusivi del decennio la *Grande Riforma* divenne una questione di importanza capitale nei dibattiti di giuristi e politici. La stesura del rapporto del Ministro della Funzione pubblica Massimo Severo Giannini per la riforma della pubblica amministrazione in Italia nel 1979 rappresentò il momento simbolico in cui le stesse istituzioni giunsero alla consapevolezza della necessità di porre mano alla Carta Costituzionale.

Nei primi anni Settanta Miglio mostrò scarso interesse per le questioni istituzionali: nel 1972 egli pubblicò il volume *Le categorie del politico*, raccolta dei saggi di Carl Schmitt. La sintesi dell'influsso del politologo tedesco e di quello di Von Stein, condusse Miglio al compimento della sua teoria dei fenomeni politici e sociali. Egli fondò la distinzione tra Stato e società sulla base di categorie differenti. Lo Stato è l'ambito dell'*obbligazione politica*, un rapporto di fedeltà fondato sulla dicotomia amico-nemico: è lo Stato infatti a individuare al suo esterno un « nemico », e sulla base di questo fonda la propria sovranità su dei raggruppamenti umani che accettano un modello verticistico. La Società è invece l'area del *contratto-*

scambio, nella quale i partecipanti realizzano legami di natura orizzontale, animati dalla volontà, circoscritta temporaneamente, di ricavare un vantaggio dall'interazione con l'altro. Sono gli anni in cui Miglio dedica la sua attenzione principale alla critica del regime parlamentare (peraltro già emersa nei saggi di critica del processo di unificazione nazionale) e al suo superamento attraverso il rafforzamento dell'esecutivo, con l'attribuzione di più ampi poteri al *decisore*, fino alla proposta di rafforzare la separazione dei poteri, con il divieto per i ministri ed i membri del governo di essere allo stesso tempo parlamentari.

Come si può notare, in questa fase del pensiero migliano il tema del rapporto istituzionale tra lo Stato centrale e la periferia è quasi del tutto assente. Costituisce una eccezione a questo panorama un articolo sul Corriere della Sera, del 1975, nel quale Miglio mostrò il proprio favore alla proposta lanciata dal presidente della Regione Emilia-Romagna, Fanti, il quale suggeriva la creazione di una aggregazione delle regioni settentrionali, cui attribuì il nome, poi divenuto celebre, di Padania. Miglio si associò alla proposta, criticando l'istituto della regione previsto in Costituzione, osservando come esse fossero una invenzione della classe dirigente piemontese, ormai anacronistica. In tale circostanza ripeté l'accento ad un ordinamento federale basato sul riconoscimento reciproco delle grandi aggregazioni climatiche e socio-economiche, affermando che mentre lo Stato italiano era di dimensioni troppo grandi per essere governato, le venti regioni erano in tal senso troppo piccole (22).

Alla fine del decennio anche Miglio prese atto della necessità di mettere mano all'architettura istituzionale introdotta nel 1948. Egli, d'altro canto, aveva anticipato di un anno la stesura del rapporto Giannini, avviando i lavori di un gruppo di studiosi (il « Gruppo di Milano »), che si pose l'ambizioso compito di proporre ai legislatori un modello di riforma della Costituzione. L'avvio della stagione « costituzionalista » di Miglio può essere fatto risalire alla pubblicazione del saggio *Una costituzione in corto circuito*, nel 1978, nel quale fu ribadita la necessità di superare il regime parlamentare puro.

L'interesse per la questione dell'*autonomia* e per il *federalismo*

(22) PETRACCONI, *Federalismo e autonomia*, cit., pp. 296-301.

toccò in questa fase il suo punto più basso: Miglio in seguito avrebbe giustificato la scarsa attenzione come il risultato di una scelta presa all'interno del Gruppo di Milano, da lui non condivisa; tuttavia va fatto presente che agli inizi degli anni Ottanta il clima culturale era tale da non considerare questo tema degno dell'attenzione del processo riformatore. Il risultato del lavoro del Gruppo di Milano, raccolto nel volume *Verso una nuova costituzione*, del 1983, si limitò ad auspicare una più ampia autonomia regionale e la trasformazione del Senato in una camera delle regioni, senza fare alcun accenno a una possibile strutturazione federale dell'ordinamento (23). Il disinteresse di Miglio fu speculare a quello dei suoi contemporanei: basti pensare che la Commissione Bicamerale Bozzi (1983-85), primo tentativo concreto di procedere a una incisiva riscrittura della Costituzione, concluse i suoi lavori presentando una relazione nella quale non vi era né un'analisi, né tantomeno una proposta di modifica, del Titolo V sull'ordinamento regionale.

Nonostante tale disinteresse, la questione del rapporto tra Stato e Regioni stava acquisendo una consistenza politica. Nei primi anni Ottanta si registrò una fioritura di movimenti etno-regionalisti. Essi non costituivano una novità assoluta nel panorama italiano, ma fino ad allora la loro diffusione si era limitata alle Regioni a Statuto speciale (SVP, Union Valdôtaine, Partito Sardo d'Azione) (24). La realizzazione delle regioni a statuto ordinario aveva creato una forte disparità: queste ultime prendevano atto che le regioni definite autonome nel linguaggio della Carta Costituzionale disponevano di maggiori risorse economiche (25). Il primo movimento etno-regionalista in grado di ottenere un significativo risultato elettorale fu la Liga Veneta, che nel 1983 elesse un deputato ed un senatore. Le rivalità interne a quest'ultima ne determinarono il rapido declino a vantaggio di un altro soggetto: la Lega Lombarda. Questi movi-

(23) *Verso una nuova costituzione*, a cura del Gruppo di Milano, Milano, Giuffrè, 1983, vol. I, pp. 47-49.

(24) M. CACIAGLI, *Fra regionalismi e localismi: sull'improbabile attuazione dello Stato federale in Italia*, in *Alla ricerca della statualità. Un confronto storico-politico su Stato, federalismo e democrazia in Italia e in Europa*, a cura di L. Tedoldi, Verona, QuiEdit, 2012, pp. 162-163.

(25) Ivi, pp. 161-165.

menti politici nei loro albori rivendicavano identità locali e sollevavano due questioni in materia di redistribuzione del potere tra centro e periferia: l'aspirazione all'autonomia configurata come richiesta specifica dello Statuto speciale da parte di Lombardia e Veneto, ed il federalismo ridotto alla tematica della leva fiscale con la richiesta di trattenere all'interno delle regioni il gettito delle imposte. In questo senso è significativo il nome del primo giornale della Lega Lombarda: *Lombardia Autonomista* (26). Il *federalismo* costituiva inoltre un termine dal connotato polemico, svuotato della sua dimensione giuridica e utilizzato come polo opposto a quello dell'Unità nazionale. La crescita elettorale di questi movimenti alla fine degli anni Ottanta alimentò la confusione sul termine *federalismo*, peraltro alimentata anche dalle forze politiche di governo.

La relazione tra i leghisti e Miglio fu biunivoca: i primi ripresero alcuni argomenti che lo studioso aveva seminato in maniera non sistematica negli anni precedenti, in particolare la critica al concetto di nazione italiana nella sua militanza politica nella rivista *Il Cisalpino* durante la Resistenza (27) e le argomentazioni contro il processo di unificazione nazionale addotte in occasione del centenario dell'Unità d'Italia. Il secondo vide nel nuovo movimento politico la ripresa e l'applicazione delle sue aspirazioni al superamento dell'ordine costituzionale eretto nel dopoguerra. Miglio aveva constatato già nel saggio *Genesi e trasformazione del termine-concetto Stato* del 1981 quello che a suo dire era il compimento del modello dello Stato di diritto, che si avviava ad essere superato per un ritorno a una società di stampo medievale, ordinata per statuti. In tale nuovo ordinamento le corporazioni sarebbero tornate a svolgere un ruolo centrale. In questo passaggio si registra la ripresa del concetto di *corporazioni locali* per definire Comuni e Province, associate a quelle di carattere economico e lavorativo (di cui esempio principe sono le organizzazioni sindacali). Lo Stato è una « *persona ficta* » (28) tanto quanto lo fu in età medievale il Sacro Romano

(26) D. VIMERCATI, *I lombardi alla nuova crociata. Il fenomeno Lega dall'esordio al trionfo*, Milano, Mursia, 1990.

(27) PETRACONE, *Federalismo e autonomia*, cit., p. 252.

(28) G. MIGLIO, *Genesi e trasformazione del termine-concetto Stato*, in Id., *Le regolarità della politica*, cit., p. 841.

Impero: l'obbligazione politica schmittiana è destinata a lasciare spazio alla sfera del contratto-scambio ⁽²⁹⁾, nella quale si concretizza l'autonomia dei privati e delle corporazioni. L'avviarsi verso un nuovo Medioevo, ben si accompagnava allo spirito comunalistico ⁽³⁰⁾ della Lega Lombarda, che trovava una vasta rispondenza nella propria simbologia (il richiamo alla Battaglia di Legnano e la presenza nel simbolo di Alberto da Giussano).

5. *La crisi dello Stato di diritto e il neo-federalismo.*

Il saggio *Una repubblica mediterranea?* del 1987 segna con ogni probabilità l'effettivo punto di contatto tra il costituzionalista e i movimenti leghisti. Miglio, analizzando criticamente l'esperienza del Gruppo di Milano, sostenne che l'insuccesso di tale progetto dipese dal tentativo di applicare una costituzione fondata sullo Stato di diritto a un popolo che rifiuta il « gusto occidentale alla impersonalità del comando », convinto che « a comandare non possano (e quindi non debbano) essere le prescrizioni astratte, ma le persone concrete in grado di farsi obbedire » ⁽³¹⁾. In questo saggio il politologo espresse per la prima volta l'ambizione, reiterata negli anni successivi, a costituzionalizzare la mafia, ritenuta una delle espressioni della natura clientelare in cui si concretizza la « personalizzazione dell'autorità ».

Il punto di contatto tra Miglio e il leghismo era rintracciabile nella comune condanna delle modalità del processo di unificazione nazionale e nel riconoscimento da parte di entrambi della presenza

⁽²⁹⁾ Il superamento delle teorie di Carl Schmitt è evidente in questo passo. Miglio afferma che lo stesso politologo tedesco era consapevole della crisi dello Stato moderno, come testimoniavano i suoi studi sulla guerra civile condotti nel dopoguerra. Tuttavia, sempre secondo Miglio, egli non volle rinnegare la tradizione del *jus publicum europaeum* nel quale si era formato. Si veda al proposito G. MIGLIO, *Oltre Schmitt*, in Id., *Le regolarità della politica*, cit., pp. 753-760.

⁽³⁰⁾ M. CACIAGLI, *Dal localismo al federalismo?*, in *Quale federalismo per l'Italia di oggi, Atti della giornata di studi promossa dalla Facoltà di Scienze politiche "Cesare Alfieri" per i 150 anni dell'Unità d'Italia*, a cura di S. Rogari, Firenze, Firenze University Press, 2013, pp. 58-59.

⁽³¹⁾ G. MIGLIO *Una repubblica mediterranea?*, in Id., *Le regolarità della politica*, cit., p. 1098.

di radicate differenze etniche nel territorio italiano. In particolare la convinzione, intrisa di realismo, secondo cui a popoli con caratteristiche differenti andrebbero date costituzioni differenti fu un punto chiave delle rivendicazioni leghiste in merito alle differenze tra Nord e Sud Italia. Lo stesso Miglio sostenne in seguito che la popolazione del Nord era affine ai popoli freddi europei e quindi auspicava una costituzione di tipo moderno occidentale, mentre il Sud avrebbe necessitato di una costituzione diversa, individuata secondo i criteri enunciati nel 1987 ⁽³²⁾.

L'incontro tra Miglio e il leghismo avrebbe dato vita a una collaborazione breve ma foriera di contributi interessanti sia per il dibattito politico che per quello giuridico. Per ciò che ci attiene, ossia l'utilizzo dei termini *federalismo* e *autonomia*, è necessario riordinare lo stato della questione alla fine degli anni Ottanta, per poi procedere ad analizzare gli sviluppi.

La rinnovata attenzione di Miglio per la tematica del rapporto tra centro e periferia fu legata non solo all'emersione del leghismo, ma anche alla crisi del sistema internazionale bipolare che stimolò il costituzionalista ad osservare i processi in corso nell'Est Europa dopo la caduta dell'Unione Sovietica. Proprio dall'analisi delle trasformazioni dell'URSS e della Jugoslavia, Miglio maturò l'ultimo suo grande apporto di carattere accademico: il neo-federalismo ⁽³³⁾. In tale concezione sembra chiudersi il cerchio del suo pensiero giuridico: lo Stato sta attraversando una fase simile a quella che tra la metà del XIII e del XIV aveva caratterizzato le istituzioni universali descritta da Marsilio, con nuovi soggetti che invocano la propria *autonomia*, intesa come espressione della propria *autosufficienza*, segnando l'avvento di una nuova fase storica. Curiosamente, lo Stato moderno è destinato ad essere superato per effetto di un processo simile a quello che ne aveva determinato l'affermazione sette secoli prima. Le istituzioni statali si dirigebbero a livello mondiale verso un nuovo *federalismo*: mentre quello antico determinava l'effetto di unire in una sola comunità statale soggetti differenti (*l'e pluribus*

⁽³²⁾ G. MIGLIO, *L'asino di Buridano. Gli italiani alle prese con l'ultima occasione di cambiare il loro destino*, Vicenza, Neri Pozza, 1999, pp. 37-41.

⁽³³⁾ C. MALANDRINO, *Democrazia e federalismo nell'Italia unita*, Torino, Claudiana, 2012, pp. 90-99.

unum, motto fondante originario degli Stati Uniti d'America), il nuovo segnava il percorso inverso, ampliando l'area dei rapporti privati e delle realtà locali a discapito delle grandi aggregazioni, destinate a riformulare la loro presenza solo ai fini della politica estera (*ex uno plures* ⁽³⁴⁾). Tale tendenza appare a Miglio come la conseguenza dell'affermazione della sfera del *contratto-scambio* sull'*obbligazione politica*, cui si affianca il tramonto del modello dello *jus publicum europaeum* e della sua aspirazione alla razionalità degli ordinamenti giuridici e all'impersonalità del comando. Ad essa si sostituisce l'idea della necessità di fondare il diritto e gli ordinamenti costituzionali su basi di natura etnica: gli Stati costituzionali lasceranno spazio a più circoscritte Società di Statuti.

La consapevolezza di tale tendenza indusse Miglio a catalogare i sistemi federali, sulla base del suddetto criterio: esisterebbero pertanto federalismi « falsi » o addirittura « degenerati », contrapposti al nuovo modello, unica reale espressione del principio federale. Dei primi costituisce un esempio il caso tedesco, dove nel dopoguerra gli USA imposero la struttura dei Länder e la associarono ad un forte potere del governo centrale; i secondi sono invece rappresentati proprio da quegli Stati Uniti d'America che per lungo tempo hanno costituito il modello di riferimento della letteratura sul federalismo. In essi nel corso del XIX secolo e ancor di più con la politica del Welfare State di Roosevelt si ridusse fortemente il potere degli Stati componenti la federazione ⁽³⁵⁾. Solo recentemente, in seguito alla proposta del presidente Reagan dell'introduzione di un *new federalism*, gli USA avrebbero intrapreso un processo di abbandono delle strutture dello Stato moderno, in favore di un rafforzamento del potere degli Stati a discapito del governo federale.

Il vero federalismo prevedrebbe, invece, il riconoscimento di entità originarie e autoctone da parte di una federazione costituita ai meri scopi di coordinamento e gestione della politica estera. Ad esse si assocerebbe un governo di tipo direttoriale, capace di evitare le

⁽³⁴⁾ CAMPI, *Schmitt, Freund, Miglio*, cit., pp. 133-136.

⁽³⁵⁾ G. MIGLIO, M. DIAMOND, *Federalismi falsi e degenerati*, Milano, Sperling e Kupfer, 1997, pp. XIII-XV; sul rapporto tra Welfare State e federalismo in Miglio si veda A. BARBERA, G. MIGLIO, *Federalismo e secessione*, Milano, Mondadori, 1997, pp. 38-90.

degenerazioni del parlamentarismo ed in grado di garantire l'unità federale attraverso la regola dell'unanimità come criterio decisionale. Miglio interpreta tale sviluppo dei sistemi istituzionali come una tendenza in atto a livello globale: non si tratta dunque di un modello auspicabile o da perseguire, bensì il risultato non evitabile e necessario dell'evoluzione degli ordinamenti giuridici.

Il modello cui Miglio fa riferimento per descrivere la natura dei veri federalismi è la Svizzera, con la sua struttura di « cantoni » indipendenti. Il culmine di questo ragionamento è la negazione della classica distinzione tra federazione e confederazione: più precisamente sarebbero solo queste ultime le espressioni del vero federalismo. Così facendo Miglio rinnega la tradizione del pensiero federalista americano di Hamilton per attestarsi, per sua stessa ammissione, sulle posizioni di Jefferson e del filone di pensiero tradizionalmente definito come « antifederalista » tra la Rivoluzione Americana del 1776 e l'approvazione della Costituzione nel 1787. L'interesse di Miglio verso questo sviluppo del pensiero politico lo portò a introdurre nella pubblicistica nazionale le opere dei principali studiosi americani *neo-federalisti* quali David J. Elazar ⁽³⁶⁾ e Martin Diamond ⁽³⁷⁾.

6. Conclusioni. L'eredità di Gianfranco Miglio.

L'eredità dell'opera di Gianfranco Miglio si mostra agli occhi dei contemporanei come un giano bifronte. Da una parte si può osservare il suo contributo politico, al consolidamento del linguaggio e della terminologia delle leghe regionali; dall'altro la lezione scientifica e accademica. Senza dubbio egli ha avuto il merito di introdurre nel circuito accademico italiano le opere di studiosi come Schmitt, von Stein, Elazar e Diamond, nella continua ricerca di una posizione anticonformista.

La rivisitazione della storia italiana e la conduzione alle estreme conseguenze della teoria schmittiana lo hanno portato ad essere uno dei più attenti studiosi del fenomeno dello Stato, fino ad

⁽³⁶⁾ D.J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995.

⁽³⁷⁾ MIGLIO, DIAMOND, *Federalismi falsi e degenerati*, cit.

arrivare a analizzarne il deperimento e a prospettare scenari per il suo superamento. In questo senso il suo neo-federalismo costituisce una sintesi in direzione di sistemi confederali, nei quali *autonomia* e *federalismo* coesistono come espressioni indicative di nuovi ordinamenti giuridici.

Gli allievi di Miglio continuano a tutt'oggi a sviluppare l'analisi sulla distinzione tra federalismi veri e presunti: basti pensare alla ricerca di Bassani sugli sviluppi del federalismo americano dalla convenzione di Filadelfia alla guerra di secessione ⁽³⁸⁾, nel quale egli riprende la tesi di Miglio secondo la quale gli USA hanno adottato il *modus operandi* dello Stato moderno europeo. Un altro erede del politologo lombardo, Vitale, ha invece ripreso e sviluppato la prospettiva di uno sviluppo delle istituzioni comunitarie europee verso un modello ispirato al Sacro Romano Impero ⁽³⁹⁾.

Il neo-federalismo è stato criticato da parte di studiosi che hanno osservato come esso si basasse sulla negazione della distinzione tra federazione e confederazione. Malandrino, pur condividendo l'ipotesi di partenza del « deperimento » dello Stato nazionale, rifiuta tale esito, sostenendo che la proposta di Miglio costituirebbe uno « pseudofederalismo a senso unico di tipo localista e parossisticamente decentratore » ⁽⁴⁰⁾. Malandrino invece indica la propria preferenza per una soluzione che non implichi « l'abbandono di potestà sovrana e statualità condivisa tra federazione e Stati membri » ⁽⁴¹⁾. Tra i critici di questa eredità del pensiero migliano vi è anche uno dei suoi maggiori allievi, Schiera, il quale esprime dubbi sulla prospettiva di ritorno al Medioevo logicamente associata alle espressioni come *Società di Statuti* e *Stato per ceti* caratterizzati dalla funzione pubblica diffusa e dal potere contrattato, ritenendo piut-

⁽³⁸⁾ L.M. BASSANI, *Dalla rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e Stato moderno in America 1776-1865*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.

⁽³⁹⁾ La prospettiva di una evoluzione neo-federalista dell'Unione Europea è accennata da Miglio in BARBERA, MIGLIO, *Federalismo e secessione*, cit. Si veda anche MALANDRINO, *Democrazia e federalismo*, cit., p. 92.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 93.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*.

tosto necessaria la creazione di un « nuovo ‘sistema’ concettuale e istituzionale »⁽⁴²⁾.

Parimenti interessante è il contributo di Miglio al dibattito politico: oltre ad avere nobilitato un movimento visto con scetticismo se non con ostilità dal mondo accademico, egli ha dato un apporto cruciale alla Lega Nord negli anni della sua ascesa da piccolo movimento regionalista a soggetto di importanza primaria negli equilibri italiani. Miglio già da anni aveva criticato l’assetto istituzionale dello Stato unitario e menzionato l’esistenza di una aggregazione delle regioni del Nord, la Padania, poi evocata dalla Lega per dare un collante unitario alla propria proposta politica; con ogni probabilità si debbono a lui anche l’immissione nel linguaggio leghista di termini come macroregione e confederazione. Gli stessi termini *federalismo* e *autonomia*, acquisirono un significato più denso all’interno del leghismo proprio grazie all’apporto di Miglio: non va dimenticato che il leghismo degli albori aveva una accezione dell’*autonomia* limitata alla sola richiesta dello Statuto speciale, mentre il termine *federalismo* era ambigualmente adottato come aspirazione alla rottura dell’unità nazionale. Dopo l’ingresso di Miglio nella Lega l’*autonomia* divenne la rivendicazione di un ruolo più forte per gli enti locali, a partire dai comuni e dalle città, nei confronti dello Stato, mentre il *federalismo* si trasformò nella prospettiva di un rinnovato e più efficiente ordine costituzionale.

Infine va fatto notare come entrambe le eredità di Miglio si basino sull’assioma della coesistenza dei termini *autonomia* e *federalismo*. Tale coesistenza non solo non è un dato pacifico, ma al contrario alimenta dubbi e critiche da parte di chi, anche recentemente, ha osservato come una concezione di tipo autonomista, diretta a dare maggiori poteri a soggetti quali comuni e città, sia potenzialmente in conflitto con una che ritenga lo Stato composto da una federazione di entità. Caciagli, ad esempio, osserva come tale lascito alimenti ancora oggi una confusione nell’uso dei termini. Nel dibattito contemporaneo si registra spesso l’utilizzo dell’espressione *federalismo fiscale* per descrivere piuttosto un obiettivo di *municipalismo fiscale*, quale l’at-

(42) P. SCHIERA, *Il problema dello Stato e della sua modernità. Gianfranco Miglio dalla storia alla scienza politica*, introduzione a G. MIGLIO, *Genesi e trasformazione del termine-concetto Stato*, Brescia, Morcelliana, 2007, pp. 31-36.

tribUZIONE ai comuni della facoltà di determinare le aliquote delle proprie imposte e di trattenere al proprio interno il gettito da esse ricavato. In tal senso, va aggiunto, è più assimilabile al federalismo fiscale quell'impostazione, tipica della retorica leghista delle origini ma ancora oggi presente, in base alla quale il gettito fiscale versato in una regione deve rimanere all'interno della stessa. Caciagli fa notare come le due impostazioni qui enunciate siano tutt'altro che coincidenti: al contrario la tradizione localista e campanilista della cultura italiana fa sì che le due impostazioni debbano piuttosto essere considerate mutuamente confliggenti.

In conclusione possiamo osservare come la parabola del pensiero di Gianfranco Miglio non sia incoerente come potrebbe sembrare da una disattenta lettura delle sue opere. Egli nella fase finale della sua carriera riprese le intuizioni giovanili sulla definizione dell'*autonomia* come corollario dell'autosufficienza e sull'analisi critica del processo di unificazione nazionale, per combinarle alla teoria schmittiana dello Stato e alla categoria di von Stein dell'*obbligazione politica*.

Il pensiero del politologo e costituzionalista sembra seguire infatti una traiettoria ciclica, secondo un andamento dialettico che lo portò a recuperare alla fine della propria carriera la prospettiva del federalismo e dell'autonomia propugnata in età giovanile fino agli Sessanta, dopo l'interruzione degli anni Settanta e Ottanta in cui si dedicò in prevalenza al tema del decisore e del rafforzamento del potere esecutivo a scapito del legislativo.

Tutti questi apporti risultano sistematizzati in un modello interpretativo in cui la crisi dello Stato avrebbe dato spazio a nuove istituzioni, dove il ricorso a legami di natura federale avrebbe consentito l'adeguamento delle comunità umane alle trasformazioni di fine secolo. La nuova era, secondo Miglio, avrebbe invertito la relazione tra popoli ed ordinamenti giuridici: il principio dell'oggettività e razionalità degli ordinamenti giuridici, particolarmente caro alla tradizione dello *jus publicum europaeum*, avrebbe lasciato spazio a nuovi assetti costituzionali fondati sulle determinazioni volontariste dei raggruppamenti umani, i quali avrebbero deciso da soli, secondo l'assunto marsiliano di avere in sé il principio della propria organizzazione, se affidarsi a un fondamento impersonale o ad uno soggettivo del comando.

CRISTIANO PAIXÃO

AUTONOMIA, DEMOCRACIA
E PODER CONSTITUINTE: DISPUTAS CONCEITUAIS
NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA
(1964-2014)

1. Introdução. — 2. Constituição entre direito e política. — 3. Origens da disputa conceitual: fragmentos do período anterior a 1964. — 4. 1964-1979: o golpe e seus desdobramentos. Disputa conceitual. Poder constituinte. — 5. 1980-1987: o caminho para a democracia. Qual constituição?. — 6. Assembleia Constituinte (1987-1988). Poder constituinte originário ou derivado? — 7. A vigência da Constituição e seus desdobramentos (1988-2014). Persistência do debate. — 8. Conclusão.

1. *Introdução.*

A experiência histórica do constitucionalismo no Brasil é complexa e plural ⁽¹⁾. Para além da centralidade do par conceitual democracia/autoritarismo — que continua a ser um importante índice na releitura das constituições brasileiras —, o que importa notar é a diversidade dos usos do léxico do constitucionalismo moderno ao longo de quase dois séculos de transformações políticas. Para o historiador do direito, essa diversidade apresenta enormes desafios metodológicos: ao longo de 190 anos, o Brasil produziu sete constituições e mais de uma centena de emendas constitucionais,

⁽¹⁾ O autor manifesta seus agradecimentos aos colegas Airton Seelaender, José Otávio Nogueira Guimarães, Menelick de Carvalho Netto, José Geraldo de Sousa Junior, Leonardo Barbosa, Marcelo Cattoni e Douglas Pinheiro pelo diálogo travado ao longo de muitos anos de pesquisa em história constitucional. Ficam aqui também registrados os agradecimentos a Cláudia Paiva Carvalho, Rafael Cabral, Renato Bigliuzzi e Maria Pia Guerra pela atenta leitura do texto.

emendas de revisão, leis constitucionais, atos adicionais e atos institucionais (2).

Com tantas transformações políticas, que ensejaram essa sucessiva produção de textos constitucionais, uma determinada categoria do vocabulário construído na Modernidade ganha importância: a noção de poder constituinte. Seja na alternância entre monarquia e república, seja na tensão entre autoritarismo e democracia, o conceito de poder constituinte aparece como uma peça central para a compreensão da dinâmica do tempo do direito no Brasil independente. O que se percebe, em todas essas dimensões da história constitucional, é a *pluralidade dos usos* da noção de poder constituinte.

É evidente que não se trata apenas de marcar um ‘início’, uma ‘fundação’ de uma nova ordem constitucional. Ao longo da história brasileira, os atores políticos propiciam um manancial de práticas e disputas em torno da *titularidade*, do *exercício* e das *consequências* do poder constituinte. Com isso, é possível vislumbrar outro patamar de discussão conceitual: o que estava em jogo nesses momentos de definição acerca da política e do direito era a própria *autonomia* de cada um desses sistemas.

Nas linhas que se seguem, procuraremos delinear os *usos* da categoria poder constituinte ao longo da história constitucional brasileira, com ênfase nos últimos 50 anos, ou seja, no período compreendido entre 1964 e 2014. Não seria exagerado afirmar que a experiência brasileira — em toda sua complexidade, com todas as suas ambigüidades, contrastes e matizes — pode ser vista como uma espécie de inventário das possibilidades de uso do conceito. A estrutura do artigo está assim disposta: num primeiro estágio, serão apresentadas as *opções teóricas e metodológicas* adotadas para a abordagem da história constitucional. A seguir, serão problematizados os *usos* da categoria *poder constituinte* nos períodos compreendidos entre 1964 e 2014. Nas linhas conclusivas, enfatizaremos a

(2) Uma excelente compilação das constituições brasileiras, incluindo emendas constitucionais, atos adicionais e institucionais e outros documentos constitucionais pode ser encontrada em: BRASIL, *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações*, Brasília, Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), 1986.

dimensão contemporânea das disputas conceituais sobre o poder constituinte, bem como as possibilidades que se apresentam, a partir dessa recapitulação, para a história constitucional brasileira.

2. *Constituição entre direito e política.*

No alvorecer da Modernidade há uma alteração no conceito de história. Em páginas que se tornaram célebres, Reinhart Koselleck propôs uma descrição, hoje amplamente aceita, dos contornos da semântica da Modernidade em relação à história. O conhecimento do passado deixaria de ter sua centralidade na ideia de aprendizado com as experiências dos antigos — a *historia magistra vitae*, na expressão ciceroniana — e, por meio de sua própria reflexividade, passaria a significar também uma história construída a partir de um presente liberto das amarras da tradição. A história, além de ser um repositório de informações sobre o passado, assumia também a tarefa de ser um processo, um movimento, que se traduziria necessariamente numa escritura aberta, complexa e progressiva ⁽³⁾.

A vigência do direito também sofreu forte impacto com as transformações trazidas pelo Iluminismo e pela Modernidade. A principal consequência desses movimentos foi a invenção da constituição como forma. Com as revoluções americana e francesa, as fórmulas descritivas da relação entre direito e política construídas pelo Antigo Regime se tornaram anacrônicas. Essas revoluções estabelecem uma configuração diversa do espaço público e criam um novo vocabulário político.

Como se sabe, as constituições modernas significam, antes de tudo, a confluência entre dois caminhos históricos diferentes: por um lado, elas são a realização e a positivação das principais bandeiras da Modernidade, plasmadas nas idéias de liberdade e igualdade. Por outro lado, elas também são normas que compõem — habitual-

⁽³⁾ R. KOSELLECK, *Le Futur Passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, trad. fr. de Jochen Hoock e Marie-Claire Hoock, Paris, Éditions de L'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1990, pp. 19-36 e 37-62; R. KOSELLECK, *The Eighteenth Century as Beginning of Modernity*, in Id., *The Practice of Conceptual History. Timing History, Spacing Concepts*, trad. ing. de Todd Presner et. al., Stanford, Stanford University Press, 2002, pp. 154-169.

mente no plano superior — o ordenamento jurídico de uma dada comunidade (4).

Esse ponto de encontro entre direito e política pressupõe uma separação anterior: uma diferenciação. E essa diferenciação, amplamente descrita por um enorme conjunto de autores, está na base do processo moderno de transformação social (5). Por meio da superação da tradicional subordinação do direito à política — corporificada no governo misto de tipo medieval, nas monarquias absolutistas ou então na supremacia do Parlamento —, a sociedade moderna desvela novas especificidades desses campos. A política se apresenta como uma atividade de produção de decisões coletivamente vinculantes e o direito passa ser visto como fruto de uma decisão. Ao isolar e consolidar funções diferentes, o processo é irreversível: não se concebe uma sociedade que tenha seu centro na política, assim como não se permite que o direito deva suas condições de vigência a uma constelação normativa exterior ao próprio sistema jurídico. Está-se diante de duas estruturas diferentes. A política, com seu arcabouço institucional, sua comunicação própria, suas formas de inclusão/exclusão. E o direito igualmente marcado por suas organizações, por seu idioma característico, por seu código (6).

O desdobramento que se instalou — e se desenvolveu — foi, nas palavras de Gerald Stourzh, a « mais significativa inovação do

(4) M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 71-161; P. COSTA, *Diritti*, in *Lo Stato Moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2007⁸, pp. 37-58; M. FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995², pp. 51-98; M. DOGLIANI, *Introduzione al Diritto Costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 151-197.

(5) N. LUHMANN, *La Costituzione come acquisizione evolutiva*, in *Il Futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P. Portinaro e J. Luther, Torino, Einaudi, 1996; S. HOLMES, *Constitutions and constitutionalism*, in *Comparative constitutional law*, org. by M. Rosenfeld e A. Sajó, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 189-216; M. LOUGHLIN, *Sword and scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*, Oxford and Portland, Hart, 2000.

(6) Ver C. PAIXÃO e R. BIGLIAZZI, *História constitucional inglesa e norte-americana. Do surgimento à estabilização da forma constitucional*, Brasília, Editora da UnB/Finattec, 2011, pp. 11-17 e 149-172.

constitucionalismo norte-americano » (7), ou seja, a idéia de constituição como « *paramount law* » (8), como estrutura apta a propiciar um novo tipo de relação entre direito e política. Para a *política*, a constituição representa a afirmação das opções fundamentais de cada comunidade e, para o *direito*, ela inaugura uma nova forma — autorreferente, recursiva e reflexiva — de vigência da ordem jurídica (9).

Assim, de acordo com John Marshall, na decisão do caso *Marbury v. Madison*, « a constituição nomeia a si mesmo em primeiro lugar » (10), inaugurando essa assimetria na hierarquia das normas. Ao colocar-se como direito superior, a constituição estabelece uma nova distinção para a definição da vigência das normas jurídicas. Para além das distinções convencionais (como ‘norma geral — norma especial’ ou ‘norma anterior — norma posterior’) passa a subsistir — e se sobrepor às demais classificações — a distinção ‘norma superior — norma inferior’, que pode ser traduzida, no léxico moderno, como ‘norma constitucional — norma infraconstitucional’.

Essa construção conceitual produz duas importantes consequências: (i) o direito passa a referir-se a si próprio, ou seja, ele prescinde de operações de ‘legitimação’ ou ‘validação’ a partir de

(7) G. STOURZH, *Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century*, in *Conceptual change and the Constitution*, org. by T. Ball and John Pocock, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, pp. 35-54; G. MADDOX, *Constitution*, in *Political innovation and conceptual change*, ed. by J. Farr., T. Ball, R. Hanson, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 50-67; J. FARR, *Conceptual change and constitutional innovation*, in *Conceptual change and the Constitution*, org. by T. Ball and John Pocock, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, pp. 13-34; R. KOSELLECK, *Patriottismo*, in ID., *Il Vocabolario della Modernità. Progresso, crisi, utopia, e altre storie di concetti*, trad. it. Carlo Sandrelli, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 111-132.

(8) H. DIPPEL, *Modern constitutionalism: an introduction to a history in need of writing*, in « *The Legal History Review* », LXXIII (2005), 1, pp. 1-37; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 53-69.

(9) N. LUHMANN, *Law as a Social System*, trad. ing. Klaus A. Ziegert, Oxford, Oxford University Press, 2008.

(10) Cristiano PAIXÃO, Paulo Sávio Peixoto MAIA, *História da Constituição como história conceitual: Marbury v. Madison e o surgimento da supremacia constitucional*, in « *Revista Acadêmica. Faculdade de Direito do Recife* », LXXXI (2009), pp. 156-175.

condensações de sentido ligadas à política, à moral, à religião ou à filosofia dos valores; e (ii) apresenta-se a necessidade de constante atualização da comunicação produzida pelo direito numa perspectiva interna, voltada à dinâmica das regras em casos concretos.

Esse processo de diferenciação, contudo, não poderia ser total. Dois fatores reaproximam direito e política, numa concepção inovadora, que não remete às estruturas sociais pré-modernas.

O primeiro deles é a ênfase no futuro. Não seria possível, após desencadeado o processo societal que conduziu à modernidade-mundo, estabelecer as bases (ou, em linguagem que soa arcaizante, os ‘fundamentos’) da política numa ordem divina, num acordo entre várias partes que visa à manutenção do todo. O mesmo vale para o direito. Não há como vincular a existência — e a efetividade — das normas jurídicas a algum tipo de tradição ou núcleo imanente. Em ambos os casos, a dimensão temporal sofre uma inflexão. Como é típico da Modernidade, direito e política visam ao futuro. A política, por meio de decisões coletivamente vinculantes — que se sabem precárias e que exigem constante autocorreção. O direito, por intermédio da transformação estrutural: ao invés de remeter, em sua comunicação, a uma origem inquestionável, as organizações do sistema jurídico, em suas observações (e também nas observações sobre observações), precisam preencher a distância entre passado e futuro. A partir da entrada da norma no sistema até suas constantes aplicações, há um processo de construção de sentido que é incessante e que redefine, a todo momento, o próprio ordenamento ⁽¹¹⁾.

O segundo fator que permite a reaproximação entre a política e o direito assume uma forma moderna: a constituição. Trata-se de uma estrutura utilizada por ambos os sistemas, com suas funções diferentes e significados próprios: ao estipular as opções políticas fundamentais de uma comunidade e, *ao mesmo tempo*, fincar as bases da vigência do direito, as constituições caracterizam-se como essenciais no desenho institucional da Modernidade. E as crescentes demandas por direitos, que marcam a história do pós-guerra, apenas reforçam essa impressão. Pode-se falar, em rápida síntese, de várias ‘ondas’ de constitucionalismo no século XX:

⁽¹¹⁾ C. PAIXÃO, *Modernidade, tempo e direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 239-296.

(i) *Constitucionalismo pós-liberal*. No contexto das transformações sociais iniciadas ainda na segunda metade do século XIX — e que se aprofundaram nas primeiras décadas do século subsequente —, logo começou a ficar claro que as constituições de cunho liberal não poderiam sustentar minimamente a articulação entre direito e política, especialmente com as pressões por reformas nas instituições políticas vinculadas ao liberalismo oitocentista. Foram então promulgadas constituições que ampliavam o espaço dos direitos e a intervenção do Estado. Os exemplos mais representativos são as constituições do México (1917), da Alemanha (1919), da Espanha (1931) e do Brasil (1934).

(ii) *Constitucionalismo da reconstrução*. Com a redefinição geopolítica que se seguiu à vitória dos Aliados, as nações europeias diretamente envolvidas no conflito estabeleceram novos documentos constitucionais. Os exemplos mais significativos estão na Constituição da Itália (1947), na Lei Fundamental de Bonn, na então Alemanha Ocidental (1949) e na constituição francesa da V República (1958).

(iii) *Constitucionalismo democratizante (caso europeu)*. Com o fim dos regimes autoritários na Espanha, Portugal e Grécia, abre-se nova oportunidade para a reescrita das respectivas constituições. A redemocratização se impõe e as alternativas se apresentam, a depender da experiência histórica de cada país. Então surgem constituições abrangentes — Grécia, em 1975, Portugal, em 1976, Espanha, em 1978 —, que procuram estabelecer novas bases para a comunidade política, com a consciência do fim dos regimes de força.

(iv) *Constitucionalismo democratizante (caso sul-americano)*. A superação, com diversas temporalidades e características, das ditaduras militares que marcaram a experiência política dos países da América do Sul entre os anos de 1950 e 1980, conduziu, na maior parte dos casos, à redação de novas constituições. Também aqui, há diversidade na forma de lidar com o passado autoritário. De toda forma, é visível a associação entre o final dos regimes repressivos e a crescente atividade de elaboração de textos constitucionais. São exemplificativas desse processo as constituições do Peru (1979), Brasil (1988) e Argentina (1994).

(v) *Constitucionalismo de transformação*. A queda dos regimes de socialismo real no Leste Europeu, em fins de 1989, exigiu

mudanças profundas nas bases dos ordenamentos jurídicos daqueles países. Seja por meio de emendas aos textos até então existentes, seja a partir de novas constituições, esses países precisaram repensar as próprias estruturas políticas e jurídicas, com a rápida e profunda mudança de regime e a preparação para ingresso na então Comunidade Econômica Européia.

(vi) *Constitucionalismo pós-apartheid*. O caso do regime de segregação racial na África do Sul era conhecido mundialmente. Com o fim do apartheid, foi necessário discutir as novas formas de convivência entre as várias etnias, comunidades e grupos lingüísticos que ocupavam o espaço territorial da África do Sul. O processo constituinte sul-africano foi seguido com atenção, exatamente em razão de sua particularidade: a existência de uma Comissão da Verdade e Reconciliação, de modo paralelo à redação da nova carta constitucional (concluída em 1996), representa um caso paradigmático em relação à justiça de transição.

(vii) *Constitucionalismo sul-americano pós-liberal*. Aqui se localizam as experiências constitucionais recentes de países como Equador (2008), Bolívia (2009), Venezuela (1999, com reformas em 2009), com resultados díspares e características próprias. O que permite visualizar essas experiências de forma agrupada é o fato de se tratar de nações que não saíram de ditaduras, mas que alteraram significativamente seus regimes políticos (em alguns casos, incorporando novos direitos a parcelas da população historicamente excluídas). Sempre recordando as especificidades próprias, cumpre ressaltar que esses três países procederam à redação de novas constituições.

A abrangência e multiplicidade dos processos constituintes acima mencionados sugerem uma centralidade da constituição como forma na história do direito. A partir do século XIX, a história jurídica está indissolivelmente ligada à história constitucional. Isso vale também para a política: as constituições (e suas transformações e apropriações) são chaves de compreensão dos processos políticos na contemporaneidade.

Nesse contexto, a história constitucional terá de orbitar em torno das possibilidades de uso e redefinição da constituição como forma. E terá de ficar atenta às construções conceituais que se produzem no próprio processo histórico.

Há várias formas de interpretar a história brasileira contemporânea. A partir do golpe de estado de abril de 1964, a centralidade da história política chega a ser previsível, em face do crescente autoritarismo do regime e do surgimento de uma resistência organizada à ditadura (ainda que de forma multipolar). A história do direito, entretanto, poderá oferecer uma contribuição a essa operação de observação do passado, especialmente com a identificação das lutas conceituais que foram travadas ao longo do período aqui abordado ⁽¹²⁾.

Porém, uma observação se faz imprescindível em relação à história constitucional brasileira.

Quando está em jogo a observação histórica da vigência e dos usos da constituição no caso brasileiro, é fundamental assinalar que não se trata de simples discussão sobre as ‘especificidades brasileiras’. Ainda que a idéia de uma trajetória singular, própria, autóctone, da história política e social do Brasil seja forte e persistente ⁽¹³⁾, a presente investigação parte de pressupostos distintos. Uma afirmação forte da ‘singularidade’ brasileira teria pouco a acrescentar e produziria, ainda, um deslocamento excessivo na leitura das fontes.

Isso tampouco significa dizer que exista uma história ‘latino-americana’ única, ou uma ‘história dos países periféricos’ de caráter geral. Seguir esse caminho significaria apenas optar por um tipo de ‘singularidade’ diferente. O excesso de especificidade está diretamente relacionado à ausência completa de identidade. Nenhuma das hipóteses parece frutífera para a história constitucional brasileira.

É evidente que existem diferenças substanciais nos processos históricos vividos pelo Brasil e pelas ex-colônias espanholas: temporalidades diversas relacionadas à manutenção de estruturas do Antigo Regime no período posterior à independência política, persis-

⁽¹²⁾ Uma adequada abordagem desse tema, com pressupostos bastante próximos daqueles desenvolvidos no presente texto, é trazida por: M. CATTONI, *Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”*, in Id., *Constitucionalismo e História do Direito*, Belo Horizonte, Pergamum, 2011, pp. 207-247. Ver também: M. DEBRUN, *A “Conciliação” e outras estratégias*, São Paulo, Brasiliense, 1983, pp. 130-148.

⁽¹³⁾ S. TAVOLARO, *A cidadania da “Era Vargas” revisitada: Uma modernidade singular?*, in «Teoria & Pesquisa», XIX (2010).

tência da monarquia, ausência de uma tradição institucional em relação às universidades e muitas outras.

Mas, na perspectiva aqui adotada, o que é de fato decisivo é que as disputas se dão com o uso do léxico político moderno. Conceitos como república, democracia e povo perpassam a história política brasileira. O pano de fundo da história da política e do direito no Brasil é composto pelas construções conceituais modernas — assim como em várias outras comunidades políticas.

Deve-se evitar, portanto, uma historiografia ‘particular’ brasileira.

Cumpra agora explicitar algumas linhas de investigação que se apresentam como possíveis e necessárias a partir da experiência constitucional brasileira. O fio condutor dessa narrativa serão os usos da constituição, suas apropriações, as práticas discursivas que fazem referência ao conceito.

3. *Origens da disputa conceitual: fragmentos do período anterior a 1964.*

No ano em que se completam 50 anos do golpe de estado que iniciou o regime autoritário no Brasil, intensificou-se o debate em torno das circunstâncias daquele movimento, que marcou, de modo intenso, várias gerações. No momento em que este artigo era redigido, estava em plena atividade a Comissão Nacional da Verdade, encarregada de « examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos » praticadas no período compreendido entre 1946 e 1988, « a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional » (14). Num movimento que ocorreu de modo não planejado, sucedeu-se a criação de várias Comissões da Verdade no Brasil, em estados, municípios, universidades, órgãos profissionais e sindicatos. Uma estimativa inicial, feita em outubro de 2013, apontava para a existência de mais de cem Comissões da Verdade em funcionamento no Brasil (15).

(14) BRASIL. Lei nº 10.528, de 18.11.2011, art. 1º.

(15) Consoante levantamento proposto em: C. PAIXÃO, *La experiencia brasileña en la Justicia de Transición. Una mirada histórico-constitucional*, conferência pronunciada em Santiago, Chile, em 24 de outubro de 2013.

É razoável, então, concluir, tal como proposto por Angela de Castro Gomes e Jorge Ferreira, que o « golpe de 1964 foi e continuará sendo um evento fundamental para se entender a História do Brasil contemporâneo » (16). As repercussões da época autoritária são difusas e numerosas, e suscitam investigações em vários campos do conhecimento, como a história, a sociologia, a psicologia, a ciência política e as relações internacionais.

Nosso objetivo, no presente texto, é ressaltar um aspecto importante daquele período para a *história do direito*: a disputa em torno do poder constituinte.

Para situar de modo adequado essa disputa — e sua importância nos últimos cinquenta anos —, parece apropriado recuperar o contexto do chamado pré-golpe, ou seja, as circunstâncias que marcaram a ruptura com a ordem constitucional em 1964. Quando o golpe se consolidou, nos primeiros dias de abril de 1964, o Brasil estava sob a vigência de uma constituição democrática, promulgada em 18 de setembro de 1946.

O período que antecede à tomada do poder pelos militares revela-se também marcado por enormes tensões nos planos da política e do direito. O lapso de tempo compreendido entre 1946 e 1964 é caracterizado pela redação de uma constituição e por episódios que denotam uma forte instabilidade institucional. Nesse intervalo de aproximadamente dezoito anos, apenas um presidente civil concluiu seu mandato (Juscelino Kubitschek de Oliveira), e mesmo assim enfrentando duas tentativas claras de deposição militar, além de ter sido deflagrado um golpe preventivo para assegurar a sua posse (17).

Não é de se estranhar que essas disputas — normalmente

(16) J. FERREIRA, A. DE CASTRO GOMES, 1964. *O golpe que derrubou um presidente, pôs fim ao regime democrático e instituiu a ditadura no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2014, p. 376.

(17) J. FERREIRA, *Crises da República: 1954, 1955 e 1961*, in *O Brasil Republicano: o tempo da experiência democrática. Da democratização de 1945 ao golpe civil-militar de 1964*, org. Jorge Ferreira e Lucília de Almeida Neves Delgado, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010³. C. PAIXÃO, *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*, in « Araucária. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades », XIII (2011), 26, pp. 146-169.

associadas a um campo minado de pretensões políticas conflitantes, com radicalização dos discursos e mobilização de parcelas da população até então afastadas do processo político — tenham chegado a consolidar um debate — e um embate — sobre o sentido e o futuro da Constituição de 1946. Isso fica claro nas instabilidades institucionais ocorridas entre 1961 e 1964. A partir da renúncia do então Presidente da República Jânio Quadros em agosto de 1961, e com o crescente temor de uma orientação à esquerda representada pela figura do então Vice-Presidente, João Goulart (que não havia sido eleito na mesma chapa de Jânio, nos termos da legislação eleitoral da época), setores da sociedade, tanto civis quanto militares, demonstraram resistência à perspectiva de posse de Goulart, que estava em viagem oficial à China ao tempo da renúncia. Foi desencadeada uma movimentação golpista em parte das Forças Armadas, e ao mesmo tempo foi iniciada, com a liderança do então Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, a chamada «campanha da legalidade», que visava a impedir os planos de golpe e garantir a posse do Vice-Presidente ⁽¹⁸⁾.

A solução encontrada foi intermediária. Foi aceita a posse de João Goulart, desde que num regime parlamentarista. Numa votação às pressas, que foi caracterizada por violação a normas constitucionais e regimentais, o Congresso Nacional aprovou uma emenda constitucional alterando o regime político, e assim foi possível a sucessão presidencial em meio ao mandato (iniciado havia pouco) conquistado por Jânio Quadros e João Goulart nas urnas ⁽¹⁹⁾.

Naquele momento, ficaram claros os debates em torno da Constituição de 1946. Ao apelar para a ameaça comunista, os defensores civis e militares do impedimento de Jango recorreram, como é comum nessas situações, à unidade e à segurança nacionais. A Constituição, naquele contexto, não poderia ser empecilho a um movimento de preservação da própria Nação. Era, portanto, discursivamente, um argumento *defensivo*, mas não em relação à Consti-

⁽¹⁸⁾ F. TAVARES, 1961: *o golpe derrotado. Luzes e sombras do Movimento da Legalidade*, Porto Alegre, L&PM, 2011.

⁽¹⁹⁾ C. PAIXÃO, L. BARBOSA, *Crise Política e Sistemas de Governo: origens da 'Solução Parlamentarista' para a Crise Político-Constitucional de 1961*, in «Universitas Jus», XXIV (2013), 3, pp. 47-61.

tuição. O outro polo da disputa conceitual esgrimia um argumento igualmente defensivo. A diferença é que a defesa, ali, era da *Constituição*, e não da Nação. O próprio nome da campanha liderada por Leonel Brizola é significativo: ao defender a *legalidade*, estavam os atores políticos apostando na manutenção da ordem constitucional vigente.

Em 1962 apresentaram-se as condições para a rediscussão do regime. Após muitas indefinições no cenário político, foi enfim convocado um plebiscito para que o eleitorado decidisse pela manutenção do parlamentarismo ou retorno ao regime presidencial anteriormente existente. A primeira ‘camada’ de sentido visível nessa disputa é inteiramente dominada pela política: os setores conservador e progressista tinham a sua própria agenda, cada uma delas voltada à manutenção da redução dos poderes presidenciais ou pelo retorno à titularidade do Executivo ao Presidente da República.

Porém, o debate não permaneceu apenas no âmbito político-partidário. Voltou a ocorrer o uso do conceito de constituição. Após a vitória do presidencialismo no plebiscito, os setores à esquerda interpretaram esse resultado também de forma defensiva em relação à Constituição de 1946. Ao rejeitar uma mudança realizada às pressas, sem observância das regras próprias, o eleitorado teria deixado um recado claro à classe política. A vitória do presidencialismo era o retorno da política brasileira ao desenho institucional fixado na Carta de 1946, com a rejeição de uma mudança do regime que, além de casuística, era também inconstitucional ⁽²⁰⁾.

Esse estado de coisas sofreria uma significativa alteração nas vésperas do golpe militar. Com o impasse institucional gerado pela crescente radicalização dos campos da direita e da esquerda, o início de agitações nas baixas patentes das Forças Armadas — que traziam o pânico da quebra da disciplina militar — e ainda as enormes dificuldades econômicas enfrentadas pelo governo, as alternativas começaram a surgir. O discurso golpista encontrava eco em setores da imprensa e era alimentado por lideranças civis. De outra parte, a corrente nacionalista, capitaneada por Leonel Brizola, passa a enxer-

⁽²⁰⁾ Ver, para uma abrangente reconstrução histórica desses debates, o texto de J. FERREIRA, *Brizola em panfleto: as idéias de Leonel Brizola nos últimos dias do Governo de João Goulart*, in « Projeto História », n. 36 (2008), pp. 103-122.

gar na Constituição de 1946 um entrave às reformas de base necessárias para a autonomia e emancipação do Brasil em relação às potências estrangeiras. A postura defensiva da Campanha da Legalidade, reforçada pela recepção do resultado do plebiscito de 1963, dá lugar a uma atitude desafiadora quanto à ordem então vigente. Brizola, talvez com razão, vislumbrou uma daquelas oportunidades em que uma dada comunidade política encontra-se na situação de redefinir as bases de sua normatividade. Por essa razão, Leonel Brizola, no comando da Frente de Mobilização Popular, exige, no comício da Central do Brasil, a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Em outras palavras: para Brizola, 1946 estava superado. Em 1964 o Brasil estava num momento constituinte ⁽²¹⁾.

A partir de 31 de março de 1964, contudo, houve uma transformação da ordem constitucional, mas num sentido bem diferente daquele imaginado pelo líder trabalhista.

4. *1964-1979: o golpe e seus desdobramentos. Disputa conceitual. Poder constituinte.*

Quando se operou o golpe de 1964, o Brasil estava prestes a completar 18 anos de prática política democrática, sob a vigência de uma constituição elaborada por uma Assembléia Constituinte eleita de forma livre e legítima.

E assim o grupo político e militar que assume o poder — com a derrubada do então Presidente da República João Goulart — se depara com o primeiro desafio: como legitimar a ruptura institucional? Como justificar a quebra das regras do jogo democrático?

A justificativa para o golpe não poderia ser *juridicamente* defensiva. Esse é o dado crucial: ainda que os discursos daqueles que apoiaram o movimento fossem todos conservadores, no sentido de evitar a adesão do país ao comunismo, ou de restaurar os valores morais da sociedade brasileira, o que interessa notar é que tais motivações não poderiam ser transpostas para o campo jurídico. Isso porque havia, em relação ao mundo do direito, um fato que era autoevidente: o golpe resultou na derrubada de um governo eleito

⁽²¹⁾ J. FERREIRA, *A estratégia do confronto: a Frente de Mobilização Popular*, in « Revista Brasileira de História », XXIV (2004), 47, pp. 181-212.

na forma prevista na Constituição de 1946, por meios que não estavam previstos naquela mesma carta. Não era possível, então, tomar o poder e, *ao mesmo tempo*, defender a Constituição em vigor.

A alternativa encontrada e desenvolvida pelo regime foi engenhosa. Ela articulou uma prática já estabelecida na história brasileira com um elemento inteiramente novo.

Uma das características do regime inaugurado em 1964 foi a tentativa incessante de revestir as medidas de exceção de legalidade e juridicidade. Ainda que se tratasse de um governo autoritário, era fundamental manter uma estrutura minimamente similar ao Estado de Direito. Só assim é possível compreender alguns fenômenos: (1) o Congresso Nacional não foi fechado; (2) os partidos políticos não foram extintos; (3) houve intensa atividade legislativa posterior à tomada de poder pelos militares; (4) os tribunais continuaram funcionando. Houve, evidentemente, cassações, expurgos, demissões e perseguições, como ocorre em qualquer regime autoritário. Mas isso não significou a completa ruptura com o arcabouço institucional construído no período democrático.

Essa opção do regime de 1964 não representa nenhuma novidade na história brasileira. Essa tendência do regime foi chamada, por Anthony Pereira, de « legalidade autoritária » (22). Sem que se possa aprofundar, no presente momento, a investigação em torno das origens dessa postura, um fator parece ter sido ao menos relevante: a forte tradição bacharelesca do Brasil, vivida desde o surgimento dos cursos jurídicos, em 11 de agosto de 1827. Como dito pelo historiador Carlos Fico, a « exuberância de leis e decretos durante o regime militar » pode ser compreendida, ainda que não completamente, por um « bacharelismo legiferante » que possui « larga tradição no Brasil » (23). E, de fato, é curioso notar a existência de tentativas de ‘normalizar’ a exceção, como no período Vargas, em que foi instalado um Tribunal de Segurança Nacional antes mesmo da decretação do Estado Novo. Esse tribunal julgava

(22) A. PEREIRA, *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, trad. Patrícia Zimbres, São Paulo, Paz e Terra, 2010, pp. 237-296.

(23) C. FICO, *Além do golpe. Versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar*, Rio de Janeiro, Record, 2004, p. 82.

crimes políticos e oferecia menos garantias aos acusados. Porém, havia uma margem, ainda que estreita, para argumentos em favor da absolvição dos réus ou diminuição de suas penas (24). Além disso, é igualmente digno de nota que a Constituição de 1937, mesmo sem ter entrado formalmente em vigor (já que o plebiscito previsto para sua ratificação nunca foi realizado), foi « emendada » pelo Presidente da República por intermédio de 10 « leis constitucionais » por ele baixadas, de modo unilateral, entre 1938 e 1945. A maioria dessas « leis constitucionais » modificou de modo direto artigos da Constituição de 1937, como as de nº 3, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 (25).

A inovação trazida pelo regime de 1964 não está, portanto, na tentativa de conferir uma capa de legalidade a uma ordem autoritária. Isso, como visto, vem de um período anterior.

O elemento de novidade se situa no nível do discurso. Por mais que houvesse apoio de setores civis ao golpe de estado, era imprescindível, especialmente a médio prazo, construir uma narrativa plausível para o afastamento de um presidente que havia sido democraticamente investido no cargo.

E essa narrativa começou a ser construída no dia 9 de abril de 1964. Naquela data o golpe completava seu décimo dia. O « Comando Supremo da Revolução », nome autoconcedido ao grupo de oficiais que assumiu a liderança do movimento, publica um documento intitulado « Ato Institucional ». É sabido que o Ato do dia 9 de abril de 1964, originariamente não numerado (ele depois seria conhecido como o AI-1), teve seu preâmbulo redigido por Francisco Campos, jurista experimentado, autor do texto da Constituição de 1937, ex-ministro de Getúlio Vargas.

E é no preâmbulo que está a tentativa de justificação do regime. A preocupação conceitual surge no início do texto. Na verdade, o ato se inicia com a seguinte afirmação: « É indispensável

(24) A descrição clássica do funcionamento do Tribunal de Segurança Nacional é propiciada na obra de K. LOEWENSTEIN, *Brazil under Vargas*, New York, The MacMillan Company, 1944. Uma abrangente pesquisa em processos emblemáticos do Tribunal foi realizada por R.P.P. MARQUES, *Repressão política e usos de constituição no Governo Vargas (1935-1937): a segurança nacional e o combate ao comunismo*, Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, 2011.

(25) BRASIL, *Constituições do Brasil*, cit., pp. 234-251.

fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução » (26).

E então o documento passa a outra etapa. Seus signatários postulam a titularidade do « Poder Constituinte Revolucionário », que permitiria, com sua excepcionalidade, nas circunstâncias que o país vivia, a saída do governo e sua substituição por um comando militar.

Ali consta a fundamentação para o golpe. O preâmbulo afirma: « a revolução vitoriosa, *como Poder Constituinte*, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. *Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte*. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória ». Observa-se, nesse documento editado logo após o golpe, a preocupação com a *titularidade do poder constituinte* e com a « força normativa » que emana da « revolução ». Daí se segue a afirmação: os « Chefes da revolução vitoriosa » — ou seja, os comandantes militares que assinam o ato — « representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular » (27).

É revelador notar o léxico empregado. Ele pertence inteiramente ao vocabulário das revoluções americana e francesa: autorreferência do texto constitucional, fruto de uma « Revolução » que « se legitima por si mesma », diferença entre poder constituinte originário e derivado (« edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior »), protagonismo do povo, « único titular » do poder constituinte, « representado » pelo « Comando Supremo da Revolução ».

Encontramos, então, uma situação aparentemente paradoxal. Um regime de força que edita atos de exceção não necessita, a princípio, justificar suas razões. No caso brasileiro, isso é evidente, considerando que a maioria dos atos institucionais continha cláusula de imunidade ao controle judicial. Mesmo assim, a legalidade auto-

(26) Ivi, p. 314.

(27) *Ibidem* (sem destaque no original).

ritária brasileira precisava de uma justificativa. E ela não se encerra com o preâmbulo do AI-1, acima invocado. A ênfase no poder constituinte — associado ao conceito de revolução — aparece em outros documentos cruciais do período. Isso significa dizer: ela retorna em atos institucionais subsequentes.

Nos desdobramentos decisivos do regime, vinha a emissão de um ato institucional, com o seu indispensável preâmbulo. No dia 27 de outubro de 1965 foi outorgado o AI-2, o qual, entre várias outras medidas de força, extinguiu o sistema partidário implantado a partir de 1945. As razões políticas para tal decisão são conhecidas: a chamada « linha-dura » pressionava por mais punições, mais cassações, menor liberdade. A decretação do AI-2 está inserida nessa crescente influência dos setores mais radicais do « Comando Supremo da Revolução ».

Isso não impediu, contudo, que prosseguissem os esforços de autolegitimação — e, mais uma vez, com apoio no uso de conceitos-chave que marcam o surgimento da constituição como forma. Na exposição de motivos do AI-2, encontramos a seguinte passagem: « Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. *Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu*, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos » (28).

Há, no texto, remissões explícitas ao ato anterior. Na verdade, o AI-2 é propositadamente claro em relação a isso. Toda a primeira parte da exposição de motivos é uma retomada do preâmbulo do AI-1, de uma forma quase didática.

O discurso, portanto, articula uma genealogia, uma filiação ao AI-1, aprofundando as medidas de exceção. O AI-2 é um extenso conjunto normativo, que, entre outras medidas, transformou o processo legislativo, modificou a estrutura do Poder Judiciário, ampliou os poderes do Executivo, regulamentou a suspensão de direitos políticos dos cidadãos (incluindo parlamentares), suprimiu garantias constitucionais, estabeleceu a eleição indireta para Presidente da República e tratou da decretação do estado de sítio.

Além do evidente nexo de continuidade em relação ao ato

(28) BRASIL, *Constituições do Brasil*, cit., p. 326 (sem destaque no original).

pretérito — fala-se em « processo revolucionário » —, há duas novidades. A primeira delas é a de que o poder constituinte passa a ser permanente. Ele está a serviço do « processo » que se iniciou em março de 1964. E ele justifica uma série de normas jurídicas que continuam a suprimir alguns dos instrumentos políticos típicos da ordem constitucional anterior, que haviam sido preservados no início da ditadura.

E há ainda outra pequena mudança no enfoque, que caracteriza uma nítida contradição performativa: o AI-2, que aprofunda as medidas de exceção, faz expressa menção à « democracia » e à « liberdade », no seguinte excerto: « Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação ». Essas preocupações estavam ausentes do preâmbulo do AI-1.

A lógica autoritária prosseguiu. A partir de 1968, as poucas possibilidades de exercício de direitos ligados à liberdade de expressão e manifestação vão se esvaindo, no rastro das mortes de opositores e repressão ao movimento estudantil e aos trabalhadores. O ponto de inflexão é o AI-5, medida de exceção que permite o imediato fechamento do Congresso Nacional, dissemina as cassações e suspende a garantia constitucional do *habeas corpus* em casos de crime contra a segurança nacional.

Contando com a previsível cláusula de imunidade ao controle judicial e sem o funcionamento do Congresso Nacional, o governo militar não precisava, a princípio, justificar seu ato. Mas, tal como ocorrido nas manifestações anteriores, há um extenso preâmbulo. E nele são citados, explicitamente, os preâmbulos do AI-1 (já numerado), AI-2 e AI-4.

Mais uma vez, a referência à democracia: para o AI-5, a « Revolução brasileira de 31 de março de 1964 » teve como objetivo « dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana ».

No único trecho em que a norma de fato se apresenta como exceção, diz o preâmbulo do ato institucional: « atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitorioso-

sa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la ».

E, ao final do preâmbulo, é reiterado o caráter defensivo do ato, que visa a preservar a obra « revolucionária »: « todos esses fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo a adotarem as providências necessárias, que evitem sua destruição » (29).

A contradição é levada às últimas consequências: o mais radical dos atos institucionais, aquele promulgado em meio à generalização da tortura e das execuções sumárias, evoca a democracia, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Nos termos da lúcida avaliação de Carlos Fico, aqui se revela, de forma clara, uma característica do regime e de sua legalidade autoritária: « Esta dicotomia legal/’revolucionário’ (que remete, afinal, ao par de conceitos ‘Estado de Direito/’regime de exceção’) é essencial para a compreensão do período » (30).

A leitura dos atos institucionais demonstra a existência de um projeto, que se apresenta como discurso legitimador. Desde o início, o golpe procura legitimar-se a partir do uso de categorias pertencentes ao constitucionalismo democrático. E, nessa busca por justificação, verifica-se a centralidade do uso do conceito de poder constituinte.

Discurso defensivo em relação à Constituição de 1946 combinado com a remoção, pela força das tropas, de um Presidente da República com mandato obtido nas urnas. Evocação da democracia, da liberdade, da dignidade da pessoa humana aliada à disseminação da tortura, supressão de direitos, fechamento do Congresso. Edição de atos de exceção, insuscetíveis de revisão judicial, coligada à insistente justificação desses mesmos atos pelo « poder constituinte » de uma « revolução vitoriosa » desencadeada por « Chefes » que « representam o Povo ». Esse é o legado deixado pela ditadura militar. Articulando categorias do constitucionalismo democrático, o regime procurou legitimar seus atos.

(29) Ivi, pp. 403-404.

(30) FICO, *Além do golpe*, cit., p. 82. Cf. também a original contribuição sobre o tema trazida na obra de C. Paiva.

Cabe agora indagar: como foi a construção do discurso de resistência? Como foi empregado o conceito de poder constituinte?

Deve ser observado que o tema não foi central durante a maior parte do regime militar. A oposição — legal e clandestina — estava envolvida com bandeiras mais imediatas: fim da tortura, anistia para os presos políticos, redemocratização. De toda maneira, *as primeiras manifestações em favor da convocação de uma constituinte ocorrem já nos primeiros anos do período ditatorial*. Em dezembro de 1967, durante o Sexto Congresso, realizado na clandestinidade, o Partido Comunista Brasileiro aprova algumas teses, entre elas « *a abolição das leis de exceção implantadas pelos militares que tomaram o poder em 1964, o estabelecimento das liberdades democráticas, a realização de eleições, a adoção de uma constituição democrática e a anistia aos presos políticos* ». Em julho de 1971, o MDB, único partido de oposição permitido à época, lança a Carta do Recife, que contempla, entre suas propostas, a elaboração de uma nova constituição ⁽³¹⁾.

O debate é retomado com mais força a partir da decretação do « Pacote de abril », em 1977. Ao impor uma série de mudanças no arcabouço jurídico da época, o então Presidente Geisel decreta o fechamento do Congresso e modifica unilateralmente as regras do jogo político e eleitoral. Também em abril de 1977, o advogado, historiador e escritor Raymundo Faoro toma posse na presidência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Surgem manifestações de vários segmentos da sociedade civil em prol de uma nova constituição.

Em agosto de 1977, Goffredo Telles Junior, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), divulga a « Carta aos Brasileiros », assinada por juristas, políticos e estudantes. O documento, lido publicamente na sede da Faculdade, classifica como ilegítima a ordem jurídica produzida pelo regime militar e requer o retorno imediato ao Estado de Direito, o que só ocorrerá,

⁽³¹⁾ C. PAIXÃO, L. BARBOSA, *Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*, in *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*, org. Flávio Henrique Unes Pereira e Maria Tereza Fonseca Dias, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 121 (sem destaque no original).

segundo a « Carta », quando os cidadãos puderem « ser regidos por uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos Representantes do Povo, numa Assembléia Nacional Constituinte »⁽³²⁾.

O debate, até então essencialmente político (nas condições permitidas na época) assume também uma feição jurídica, doutrinária. Em 1979, outro professor da Faculdade de Direito da USP, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, escreve « O retorno da democracia ». O texto se inicia afirmando: « É claro e patente que o porvir da Nação reclama uma nova Constituição ». Até aqui, Gonçalves Filho parece não se distanciar muito do tom da « Carta aos Brasileiros ». A divergência se explicita, contudo, quando o autor conjectura sobre o teor da futura constituição, especialmente sua relação com o regime militar: « Uma Constituição, outrossim, que não se levante contra a Revolução de Março e seus ideais, mas que se destine a institucionalizá-la de modo definitivo e duradouro »⁽³³⁾.

Já em fins da década de 1970 estão delimitados os campos do combate acerca do futuro da constituição: negação do regime e ruptura com a ordem jurídica por ele construída ou redação de uma constituição que signifique a institucionalização duradoura da ditadura iniciada em 1964.

5. 1980-1987: *o caminho para a democracia. Qual constituição?*

O debate em torno da constituição seria enriquecido no início da década de 1980. Numa obra decisiva lançada em 1981 — intitulada « Assembléia Constituinte — a legitimidade recuperada », Raymundo Faoro sintetizaria os argumentos favoráveis à convocação de uma assembleia constituinte. Como o título permite entrever, o constitucionalismo (especialmente o brasileiro) é tratado sob a ótica da legitimidade — caminho que já havia sido traçado por Goffredo Telles Junior na « Carta aos Brasileiros ». Com enorme profundidade, resgatando autores clássicos da teoria da constituição, Faoro

(32) G. TELLES JUNIOR, *Carta aos Brasileiros*, in « Separata da Revista da Faculdade de Direito da USP », LXXII (1977), 2, p. 422.

(33) M. G. FERREIRA FILHO, *A reconstrução da democracia*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. XVI.

classifica como ilegítima a ordem constitucional então existente ⁽³⁴⁾. Todo o texto se dirige à justificação da convocação de uma assembleia constituinte livre.

Um excerto fundamental, que nos interessa para recuperar o debate, envolve uma novidade. De forma clara e expressa, Faoro declara que o constitucionalismo autoritário do período militar *excluía mesmo a existência de uma constituição*, exatamente em razão de seu caráter não democrático: « Nas circunstâncias brasileiras atuais, não há uma constituição, mas um arranjo firmado entre os detentores do poder, fixado para, elitisticamente, opor barreiras à participação popular, reduzindo-lhe a consistência e o vigor, ainda que eleitoralmente manifestado » ⁽³⁵⁾.

Naquele mesmo ano de 1981, realiza-se em Praia Grande, entre os dias 21 e 23 de agosto, a primeira Conferência Nacional da Classe Trabalhadora (CONCLAT). Os resultados do encontro são divulgados em forma de uma série de « Reivindicações e Plataformas de Luta e Mobilização ». A primeira dessas reivindicações é a « elaboração de uma Constituição que garanta os direitos fundamentais da classe trabalhadora » ⁽³⁶⁾.

E a mobilização da OAB prossegue. Ainda no ano de 1981, no período compreendido entre 30 de setembro e 3 de outubro, ocorre em Porto Alegre o Congresso Pontes de Miranda, que concluiu com a proposta de confecção de um « anteprojeto de sugestão para uma futura Constituição ». Foi ainda realizado, em São Paulo (de 1º a 4 de agosto), o Congresso Nacional de Advogados Pré-Constituinte, que partia do pressuposto de que a redemocratização em curso exigiria a convocação de uma assembleia nacional constituinte ⁽³⁷⁾.

Com a crescente erosão da base de apoio do governo militar na sociedade e no Congresso, parecia claro à expressiva maioria dos atores políticos que o Brasil caminhava efetivamente rumo a uma nova constituição. O que não estava definido — e seria motivo de

⁽³⁴⁾ R. FAORO, *Assembléia constituinte. A legitimidade recuperada*, São Paulo, Brasiliense, 1981³, p. 83.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 75.

⁽³⁶⁾ CONCLAT, *Resoluções da Primeira Conferência Nacional da Classe Trabalhadora*, Praia Grande-SP, 21-23 de agosto de 1981, p. 1.

⁽³⁷⁾ PAIXÃO, BARBOSA, *Cidadania, democracia e Constituição*, cit., p. 123.

enorme controvérsia — era a forma de convocação e a futura composição da assembleia.

Assim, os anos de 1984-1985 foram marcados por essas discussões. Para as lideranças políticas e representantes da sociedade civil que estavam envolvidos na luta por eleições diretas para presidente da república e para muitos juristas, era claro que a nova constituição deveria ser elaborada por uma assembleia exclusiva, escolhida a partir de candidaturas avulsas, que esgotasse suas atribuições com a promulgação do texto constitucional. O principal porta-voz da idéia foi Raymundo Faoro.

Essa tomada de posição é absolutamente compreensível: aquelas lideranças, percebendo a realização do projeto de transição política pela via indireta, decidiram concentrar energias na aprovação de uma constituinte exclusiva, livre, portanto, das práticas políticas tradicionais de que era palco o Congresso Nacional ⁽³⁸⁾.

Porém, não foi esse o resultado. Num primeiro momento, aliás, ele foi desfavorável a esse campo progressista. A Constituinte de 1987/1988 foi convocada por emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional, que estabeleceu que a legislatura eleita em 1986 (deputados e 2/3 dos senadores) teria poderes de assembleia nacional constituinte e manteria as atribuições ordinárias de Congresso Nacional.

A Emenda Constitucional n° 26, de 27 de novembro de 1985, estabelece que « Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana ». No art. 2º, ela disciplina que a Assembleia será instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que também presidirá a sessão de eleição do Presidente da Constituinte. E, em seu art. 3º, a Emenda prevê que o texto final será aprovado pela maioria absoluta dos integrantes da Constituinte, com discussão e votação em dois turnos ⁽³⁹⁾.

E, no transcorrer do processo de elaboração da constituição —

⁽³⁸⁾ Uma amostra significativa desse ponto de vista está presente na obra organizada por E. SADER, *Constituinte e democracia no Brasil hoje*, São Paulo, Brasiliense, 1985². Cf. especialmente os textos de Raymundo Faoro, Ruy Marini e Dalmo Dallari.

⁽³⁹⁾ BRASIL, *Constituições do Brasil*, cit., pp. 513-514.

que se estendeu de fevereiro de 1987 a outubro de 1988 —, o debate em torno do poder constituinte voltou a ganhar força.

6. *Assembleia Constituinte (1987-1988). Poder constituinte originário ou derivado?*

Após essa longa jornada, que comportou, ao mesmo tempo, a tentativa do regime de conduzir a forma e o tempo de sua superação, e também a reação da sociedade civil por meio de mobilizações, greves, passeatas e manifestações públicas, chegou o momento da Constituinte.

Até aquela ocasião, compreendida entre março de 1985 e fevereiro de 1987, é necessário reconhecer que o regime militar obteve êxito, em grande parte, na sua estratégia de abertura « segura, lenta e gradual »: foi aprovada uma lei de anistia, que postulou o perdão a todos os integrantes do regime que perpetraram graves violações aos direitos humanos (1979), a grande mobilização popular em torno de eleições diretas foi frustrada pela negativa do Congresso Nacional (1984), o partido governista manteve a maioria no Congresso até os últimos momentos do regime, a eleição do primeiro Presidente da República civil após 21 anos de militares no poder se deu de forma indireta, por meio de um Colégio Eleitoral criado pela própria ditadura (janeiro de 1985), e o próprio candidato eleito, assim como seu vice, assumiram de modo enfático o discurso da conciliação (março-abril de 1985). E foi nesse contexto que se deu a instalação da Assembleia Nacional Constituinte.

É nosso intento, aqui, expor os contornos do debate acerca da forma e do significado da constituição pós-redemocratização. Resaltaremos o papel do conceito de poder constituinte nessas disputas. A narrativa se divide em dois momentos: (i) a discussão anterior à instalação da Constituinte e (ii) o debate que se estabeleceu a partir do início dos trabalhos constituintes.

(i) De forma quase acessória aos debates políticos típicos de processos de redemocratização, é possível visualizar um outro tema de discussão: a relação entre o processo constituinte e a herança do regime que se iniciou em 1964. Subjacente a esse debate, está a questão: quem detém o poder constituinte?

Como observado acima, como um contraponto à « Carta aos Brasileiros », o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressaltava que a constituição a ser redigida deveria ser a institucionalização definitiva e duradoura da « Revolução de Março e seus ideais ». É interessante como essas palavras encontram eco no discurso proferido pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, na sessão de instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Para Moreira Alves, aquele momento significava « o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra o ciclo revolucionário » (40). Foi feita então, *de modo explícito*, a ligação entre os trabalhos futuros da Constituinte e o « ciclo revolucionário ».

O pronunciamento de Moreira Alves também coroa a retórica da transição. Foi possível verificar a força desse discurso no plano político imediatamente posterior ao fim do regime militar. E ele foi transportado, também no âmbito da política, *para as expectativas acerca da Constituinte*. Um deputado bastante atuante naquele período, Pimenta da Veiga, emitiria o seguinte juízo sobre o processo constituinte e seu resultado desejado: « Acredito nesta Constituinte porque ela vem como o resultado de uma transição política. Não é fruto de uma ruptura, da qual o país sai traumatizado; vem num tempo de paz, onde não há vencidos nem vencedores » (41). O pronunciamento ocorreu no dia da promulgação da Emenda Constitucional nº 26. No mês anterior, o deputado Valmor Giavarina, responsável pela redação final do texto da Emenda, declarou que « Teremos não uma Assembléia Nacional Constituinte originária, clássica, ao preço de semelhantes crises, mas uma Assembléia Nacional Constituinte instituída, viável, possível, que o bom senso nos impõe a realizar ». Ele concluía afirmando: « A ruptura não será o traço desta nova época » (42).

Se examinarmos essas atitudes discursivas como uma série, ela nos revelará, predominantemente, a ênfase na transição, na concii-

(40) BRASIL, *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 2 de fevereiro de 1987, p. 5.

(41) BRASIL, *Diário do Congresso Nacional*, 28 de novembro de 1985, p. 2.506.

(42) BRASIL, *Diário do Congresso Nacional*, 19 de outubro de 1985, p. 1.971.

liação e também, nos pronunciamentos de Manoel Gonçalves e Moreira Alves, a relação com o « ciclo revolucionário ».

Não à toa, alguns deputados pertencentes ao espectro mais à esquerda do quadro partidário da época do discurso de Moreira Alves viram naquela manifestação algo a ser combatido. O deputado Haroldo Lima, do Partido Comunista do Brasil, na sessão realizada no dia seguinte, reivindicou a palavra, que lhe foi negada, buscando defender a « soberania » da Assembleia Constituinte.

Essa série discursiva, contudo, não representava um pensamento único na época. É possível resgatar, em manifestações anteriores à instalação da Constituinte, pronunciamentos que negavam esse aspecto de continuidade, de conclusão e institucionalização da « Revolução de Março ».

E aqui o protagonismo também coube a Raymundo Faoro. Em pronunciamento tornado público no início do mês de dezembro de 1985 — ou seja, alguns dias depois da promulgação da Emenda n° 26 —, Faoro declara, em evidente resposta ao então Presidente da República que mais uma vez louvara a conciliação:

Estamos, acredito, diante de uma descontinuidade, e vamos ter que reconhecê-la dentro de uma ruptura. [...] Se quisermos sair do sistema de 1964, não será como, por exemplo, ouvi há poucos dias um discurso do Presidente da República, que agradecia a Deus por não ter havido ruptura. Acho que ele está supondo ruptura como um incêndio nas ruas. Suponho que se agradece à Deus, às vezes, por motivos errados. Devia-se agradecer a Deus exatamente por ter havido uma ruptura. [...] A ruptura deve haver e acredito que a ruptura deve haver dentro de uma Assembléia Constituinte (43)

Nessa passagem estão colocados, de modo claro, os termos do debate, que remetem ao passado e ao futuro. Percebe-se um olhar agudo, complexo: o discurso, evidentemente, tem natureza política: a crítica dirigida ao Presidente da República, a necessidade de superação do « sistema de 1964 », a menção irônica ao temor presidencial acerca de um « incêndio nas ruas ». Mas a parte final da afirmação engloba outra preocupação: « a ruptura deve haver *dentro de uma Assembléia Constituinte* » (44).

(43) BRASIL, *Diário do Congresso Nacional*, 3 de dezembro de 1985, p. 2669.

(44) Sem grifo no original.

Aqui podemos visualizar um outro tipo de disputa. A discussão passa a ser jurídico-conceitual. E ela se coloca na forma de uma pergunta: a constituição a ser redigida pela Assembleia Constituinte pós-regime militar terá a marca da transição ou da ruptura? A posição de Faoro não deixa margem a dúvidas: a constituição significará a *consolidação da ruptura, da descontinuidade em relação ao regime autoritário*, e não a institucionalização desse mesmo regime.

Esse pronunciamento de Faoro encontra raízes mais profundas. No auge do período do arbítrio, o deputado Ulysses Guimarães, do Movimento Democrático Brasileiro (o qual, naquele tempo, era o único partido de oposição consentido pelo regime ditatorial, como exposto anteriormente), lançou sua « anticandidatura » a Presidente da República. O movimento teve um nítido elemento de protesto: por meio de cassações, casuísmos e ilegalidades, o regime militar tinha maioria no Colégio Eleitoral que escolheria outro general para assumir a presidência da república. Ulysses não tinha chances reais de vitória. Mas o tom de seu discurso é revelador:

Não é o candidato que vai percorrer o país. É o anticandidato, para denunciar a antieleição, imposta pela anticonstituição que homizia o AI-5, submete o Legislativo e o Judiciário ao Executivo, possibilita prisões desamparadas pelo *habeas corpus* e condenações sem defesa, profana a indevasabilidade dos lares e das empresas pela escuta clandestina, torna inaudíveis as vozes discordantes, porque ensurdece a nação pela censura à imprensa, ao rádio, à televisão, ao teatro e ao cinema ⁽⁴⁵⁾

O termo mais interessante do seu pronunciamento é « anti-constituição ». Ao associar o ordenamento jurídico autoritário às práticas ditatoriais do regime, Ulysses marca uma posição conceitual: para ele, não havia propriamente constituição no Brasil. Daí o uso da partícula de negação. Vimos como Raymundo Faoro, escrevendo em 1981, dizia que « Nas circunstâncias brasileiras atuais, não há uma constituição ». Em ambos os autores (e, para nossos propósitos, também atores) a razão para que fosse proclamada a inexistência de uma constituição era a mesma: a ausência de democracia.

⁽⁴⁵⁾ Citado a partir de L. BARBOSA, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2012, p. 151.

E era a dura conquista da democracia que justificava a ruptura com o regime, « dentro de uma Assembléia Constituinte », como diria Faoro em fins de 1985.

Um dado digno de registro é um paralelismo interessante entre o discurso de Ulysses e um pronunciamento de Leonel Brizola pouco antes da deflagração do golpe militar. Em 13 de março de 1964, em seu discurso no comício da Central do Brasil, Brizola passa a propor a convocação de um plebiscito para que o povo decida pela elaboração de uma nova constituição, por meio de uma constituinte. E ele justifica sua proposta dizendo que « O nosso compromisso é o da democracia verdadeira, que é o regime do povo. Uma Constituição pode ou não ser popular e, se não for, deixará necessariamente de ser democrática » (46).

A referência ao povo, naquele contexto, era decisiva. Segundo Brizola, o apoio às reformas de base significava, depois de longo tempo de opressão, o protagonismo do povo. Num texto de 17 de fevereiro de 1964, essa aspiração é explicitada, a partir da carta-testamento de Vargas. Para Brizola, « Vargas denunciou como antipovo e antinação as cúpulas e oligarquias da velha política brasileira e os grupos econômicos internos associados das corporações internacionais, aqui protegidos pela cobertura daquelas mesmas forças políticas » (47). Aqui o uso da partícula ‘anti’ tem um sentido similar àquele empregado por Ulysses Guimarães: sob forças políticas oligárquicas e seus grupos econômicos, não se pode falar em povo e nação. Para tanto, como vimos no primeiro pronunciamento de Brizola, seria necessária uma constituição efetivamente democrática.

Se recuperarmos essas duas séries discursivas (Ferreira Filho-Pimenta da Veiga-Valmor Giavarina-Moreira Alves e Leonel Brizola-Ulysses Guimarães-Raymundo Faoro), veremos duas posições distintas: para a primeira, a constituição a ser redigida após a abertura política representará, por meio da conciliação, a *conclusão do ciclo iniciado em 31 de março de 1964*. Para a segunda, esse mesmo regime perpetrou *uma ditadura cuja superação deverá ser*

(46) FERREIRA, *A estratégia do confronto*, cit., p. 206.

(47) FERREIRA, *Brizola em panfleto*, cit., pp. 106-107.

inscrita numa constituição — que terá, por isso mesmo, o signo da ruptura em relação ao passado.

(ii) No período de efetivo funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, política partidária e projeto de constituição estavam muito ligados. Talvez excessivamente ligados. O Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) havia obtido confortável maioria nas duas casas do Congresso (portanto, da própria Assembleia) e a quase totalidade dos governadores estaduais. Como partido majoritário, participava da coalizão do governo. Essa concentração de atribuições ficou ainda mais nítida na figura de Ulysses Guimarães. Ele era Presidente do PMDB, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Nacional Constituinte (e ocupava frequentemente a Presidência da República, pois era o segundo na linha sucessória).

Era de se esperar, portanto, que os destinos do governo federal, do PMDB e da Assembleia Nacional Constituinte estivessem indissoluvelmente ligados. Em março de 1987, chegara o momento de escolher os líderes dos partidos, tanto no Congresso como na Constituinte. A maior atenção se voltava para a liderança do partido majoritário. Para a liderança do PMDB na Câmara, havia sido eleito o deputado Luiz Henrique, pertencente ao grupo mais ligado a Ulysses. Tudo caminhava para que o mesmo parlamentar fosse eleito o líder na Constituinte.

Porém, quando a bancada do PMDB se reúne para eleger seu líder, é lançada a candidatura — de clara oposição à hegemonia de Ulysses Guimarães no partido — do senador Mario Covas. Contrariando todas as expectativas, Covas acaba vencendo o pleito, especialmente por força do discurso ali proferido. E a tônica do seu pronunciamento foi *a necessidade de se estabelecer uma diferença, uma separação entre as atividades do Congresso Nacional e da Assembleia Nacional Constituinte*.

Em seu discurso, Covas justifica a existência de lideranças apartadas (Congresso e Constituinte) pela relação dessas instituições com o futuro. No Congresso, dizia ele, « temos o cotidiano [...] um divisor de águas balizado pela dicotomia governo e oposição ». Na Assembleia Constituinte, por outro lado, não incide a mesma lógica. Ela visa à produção de um texto permanente: « a elaboração da Constituição deva seguir parâmetros que são absolutamente diversos

do que os parâmetros a prevalecer na Câmara e no Senado ». Analisando os poderes da Constituinte, Covas declara expressamente que ela « é soberana, tudo pode ».

O tom se inclina para uma manifestação mais pessoal. Covas recorda as figuras históricas da oposição que se colocaram contra o regime militar: « Vi um homem negro chorar desta Tribuna, por não compreender que a violência tinha se abatido sobre ele. Ele, que se chamava Guerreiro Ramos [...] Vi homens cujos ossos são recobrados agora como Rubens Paiva ». Em seguida, ele passa a se referir a Ulysses Guimarães, que presidia aquela reunião de bancada: « Vi grandes figuras, mas vi um homem que como ninguém interpretou neste período e sintetizou neste período a resistência democrática. Vi esse homem em várias sagas, em verdadeiras epopéias. Vi enfrentar em Salvador patas de cavalos e dentadas de cachorro. Vi o sintetizar na figura da anti-candidatura toda a esperança de luta com que crescia esse povo » (48).

Como o próprio Covas admitia, era um discurso de um político, e não de um jurista — o então senador se qualificava como um engenheiro « meio aposentado ». O pronunciamento aqui recuperado deve ser compreendido, evidentemente, na chave das disputas políticas do momento, no interior do partido majoritário no Parlamento. Dois fatores, contudo, merecem destaque: a relação entre a Constituinte e a trajetória de vítimas da ditadura e a menção à anticandidatura de Ulysses Guimarães. Com essa abordagem, com essa retórica, *Covas se afasta do discurso da conciliação*, que era dominante naquele momento (início dos trabalhos da Assembleia Constituinte).

Ao longo da Constituinte, ocorreu outro episódio de desencontro entre a política do momento e os trabalhos de redação do texto constitucional. E ele foi significativo para a controvérsia em torno da ruptura ou da continuidade da constituição em relação ao regime anterior. Havia uma disputa essencialmente política ligada à duração do mandato do então Presidente da República, José Sarney. A Assembleia se dividia entre a fixação do mandato em quatro ou

(48) Sem grifo no original. A íntegra do discurso pode ser consultada na página da Fundação Mario Covas: <http://www.fundacaomariocovas.org.br/mariocovas/pronunciamentos/votacao-constituente/>, acesso em 5 de junho de 2014.

cinco anos. Eram comuns também manifestações de integrantes do ministério do Governo Sarney que eram contrários aos rumos que a Constituinte vinha tomando.

Juntando, num mesmo documento, esses dois temas — mandato de Sarney e avaliação do resultado parcial da Constituinte —, o então Consultor-Geral da República Saulo Ramos lança, na forma de livro, uma obra significativamente intitulada « Assembléia Constituinte — o que pode, o que não pode ». A tese principal vertida na obra é no sentido de que a Constituinte de 1987/1988 não era titular do Poder Constituinte originário. Para Saulo Ramos, « Não há a menor dúvida que a Assembléia Nacional Constituinte instalada no Brasil, em 1987, é derivada, e que os seus poderes são secundários, o que vale dizer que ela tem *poderes de reforma* »⁽⁴⁹⁾. Assim, para o autor a Constituinte só poderia decidir aquilo que o Congresso Nacional, em tempos de normalidade, poderia regulamentar por meio de emenda constitucional. O texto é repleto de transcrições de obras doutrinárias. Deve ser notado, ainda, que a obra cita extensamente trechos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que também defende a limitação dos poderes da Constituinte instalada em 1987 — e que já vimos no debate acerca dos ideais da « Revolução de Março ». E, significativamente, Saulo Ramos também cita, textualmente, o trecho do discurso proferido por Moreira Alves, aqui já discutido, em que ele afirma ser a constituinte a etapa de conclusão do « ciclo revolucionário ».

Um importante desafio fora então lançado. Se a tese de Saulo Ramos fosse acolhida, o poder constituinte responsável pela elaboração do texto constitucional *seria necessariamente dependente dos textos constitucionais feitos pelo regime ditatorial*.

O que é interessante notar é a reação da Assembleia Constituinte. O relator geral da Constituinte, deputado Bernardo Cabral, prepara um texto em resposta à obra de Saulo Ramos. Cabral procura apontar deficiências na análise de Ramos, com a utilização de documentos referentes à tramitação da Emenda n° 26 e corrigindo passagens do texto de Saulo Ramos que citam autores da teoria

⁽⁴⁹⁾ S. RAMOS, *Assembléia constituinte: o que pode e o que não pode. Natureza, extensão e limitação de seus poderes*, Rio de Janeiro, Alhambra, 1987, p. 11. Original grifado.

da constituição. O texto foi relançado em 2008, em meio às celebrações pelos vinte anos da Constituição.

Há três passagens significativas do texto, que desvelam o debate em torno da constituição pós-redemocratização.

Na primeira delas, Cabral procura esclarecer o sentido das sucessivas referências, no texto de Saulo Ramos, à obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Ele então transcreve o seguinte excerto de Manoel Gonçalves: « Postas de lado as ilusões, o titular do Poder Constituinte não é nem a nação nem o povo. Ou só o é na medida em que se imputa à nação ou ao povo um poder que é efetivamente detido e exercido por uma elite ». Segundo Cabral, esse trecho seria suficiente para mostrar « a posição ideológica do ilustre jurista »⁽⁵⁰⁾.

Na segunda passagem, Cabral recorda uma citação, na obra de Ramos, de um trecho da « Teoria Pura do Direito » de Kelsen. De fato, Saulo Ramos havia invocado Kelsen para destacar o fato de que « a Constituinte derivada da Constituição em vigor está presa à ordem jurídica que a instituiu »⁽⁵¹⁾. Para tal assertiva, Ramos recorre à noção de norma fundamental na obra kelseniana. Cabral então indaga: a que norma fundamental Ramos se refere? E prossegue: « Àquela consubstanciada na Constituição de 17 de outubro de 1969, imposta pelos ministros militares no exercício da Presidência da República? ». E conclui: « Todos os outros argumentos apresentados nesse título padecem da mesma insuficiência, já que o autor parte do princípio de que se possa aceitar como norma fundamental a Constituição imposta em 1969 »⁽⁵²⁾.

E, por fim, há a *refutação direta da tese de Ramos*, agora sob a perspectiva da escolha entre continuidade e ruptura. É importante notar que Saulo Ramos jogou, com alguma habilidade, com dois sentidos do termo « ruptura ». Para ele, a Assembleia de 1987, se não se mantivesse como poder reformador, mero poder constituinte derivado, incidiria em dois tipos de ruptura: com a ordem jurídica em geral e com o legado da Emenda Constitucional n° 1. Cabral nega a primeira ruptura (pois considera legal e legítima a convo-

(50) B. CABRAL, *O Poder Constituinte: fonte legítima. Soberania. Liberdade*, in « Forum Administrativo », VIII (2008), 92, p. 12.

(51) RAMOS, *Assembléia constituinte*, cit., p. 35.

(52) CABRAL, *O Poder Constituinte*, cit., p. 19.

cação da Constituinte) e afirma a segunda (já que a Constituição de 1946 foi subvertida pelos militares): « É à atual Assembléia Constituinte que caberá reedificar, totalmente, por sobre o vazio decretado em 1964, e rompendo inteiramente com a obra normativa então iniciada, uma nova e global estrutura constitucional. E isso, por óbvio, *só com poder constituinte originário se alcança* ». O texto de Cabral reitera, então, o que já havia sido asseverado: « a quebra de ordem jurídica — a mudança — dar-se-á com a promulgação da futura Constituição » ⁽⁵³⁾.

A Constituição da República foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Prevaleceu, efetivamente, a tese defendida por Bernardo Cabral. Não foi seriamente levantada, após 1988, a suposta limitação dos poderes da Assembleia que elaborou o texto constitucional.

7. *A vigência da Constituição e seus desdobramentos (1988-2014). Persistência do debate.*

A disputa conceitual em torno do poder constituinte não terminou, contudo, em 1988. Teremos a oportunidade de observar, no presente tópico da narrativa, como o debate se desdobrou em dois ambientes institucionais: no Parlamento, por meio de tentativas de estabelecer um procedimento diverso de revisão da Constituição, e no Supremo Tribunal Federal, durante a apreciação de um caso que trouxe a discussão sobre as circunstâncias que levaram à convocação da Assembléia Constituinte de 1987/1988.

Para que seja adequadamente compreendida essa reelaboração da disputa conceitual, é importante expor, de forma breve, os procedimentos que a própria Constituição de 1988 estabeleceu para a modificação do texto. São essencialmente duas modalidades de alteração: a *revisão constitucional* e a *emenda constitucional*.

Ao contrário de outras constituições — como a portuguesa de 1976, por exemplo — *não foi prevista uma revisão periódica* da Constituição brasileira de 1988. Foi prevista apenas *uma* oportunidade de revisão, que poderia ser desencadeada a partir de 5 de outubro de 1993. Essa revisão de fato ocorreu, entre 1993 e 1994, e

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 24.

resultou na aprovação de apenas seis emendas de revisão, que não modificaram de modo substancial os termos da Carta de 1988. Com isso, *esgotou-se o processo de revisão*. Subsistiu apenas a possibilidade de modificação por meio de *emendas*. E as exigências procedimentais para aprovação de emenda constitucional são mais rigorosas: apenas pelo voto de 3/5 dos deputados e senadores, em duas votações separadas em cada uma das casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) é possível modificar o texto constitucional, o que confere um grau elevado de rigidez à Constituição de 1988.

Assim que se encerrou, em 1994, o processo de revisão da Constituição — processo único e irrepetível, como visto acima —, surgiram, a partir da segunda metade da década de 1990, várias propostas de emenda constitucional *que tentaram modificar as formas de modificação da Constituição* ⁽⁵⁴⁾. Isso inaugurou uma discussão: o poder constituinte derivado — aquele que se exerce por meio de emenda constitucional — tem o poder de alterar o procedimento estabelecido pelo constituinte originário?

Retorna, então, a disputa em torno do poder constituinte — sua titularidade, seus limites, seus efeitos para o futuro.

Para ilustrar os termos do debate faremos referência, neste ponto da argumentação, a uma das propostas apresentadas, a chamada PEC 157. Formalizada em 2003, a proposta de emenda estipulava um procedimento de *revisão* da Constituição, assim sintetizado: (i) aprovação de modificações ao texto com maioria absoluta dos parlamentares (metade da composição mais um voto); (ii) revisões periódicas do texto constitucional, a cada 10 (dez) anos; e (iii) submissão dos dispositivos modificados pela revisão constitucional a referendo popular.

A justificativa da proposta, apresentada pelo então Deputado Michel Temer ⁽⁵⁵⁾, invoca a obra do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho (que já havia participado do debate, como vimos no tópico anterior), e que sempre foi um crítico dos proce-

⁽⁵⁴⁾ São as propostas de emenda constitucional 554/1997, 157/2003, 193/2007, 341/2009 e 384/2009.

⁽⁵⁵⁾ Michel Temer, professor de direito constitucional, foi Presidente da Câmara dos Deputados. Desde 2011, é o Vice-Presidente da República do Brasil.

dimentos, decisões e resultados da Constituinte de 1987-1988. Num trecho revelador, vem à tona o argumento de que a Constituição conduz à ingovernabilidade — palavra de ordem dos setores mais conservadores no processo constituinte. Para solucionar essa « anomalia », o Professor Manoel Gonçalves sugere: basta convocar uma Assembléia Constituinte, para que uma nova Constituição seja redigida. Mas desta vez, adverte o autor, « sejam os mais sábios os incumbidos de estabelecê-la » (56).

Não é difícil perceber, nessa afirmação, aquilo que já foi chamado por um jurista europeu de « constitucionalismo do medo » (57). Segundo a concepção do Professor Manoel Gonçalves, uma boa Constituição é aquela redigida pelos mais sábios, pelos instruídos representantes de uma sociedade ilustrada. Fica clara, então, a inconformidade com a forma de condução dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1987-1988. Ao invés de partir de um anteprojeto previamente redigido, a Constituinte optou pela distribuição dos seus integrantes em oito grandes comissões temáticas, que se dividiam em três subcomissões. Após o trabalho de elaboração de cada capítulo do projeto de Constituição pelas comissões — permeado por discussões públicas, audiências com a sociedade, ampla cobertura da imprensa e forte participação de grupos organizados —, passou-se à fase dos debates na Comissão de Sistematização. Posteriormente, o texto ali preparado foi remetido ao Plenário (o que permitiu, inclusive, uma reação a alguns avanços obtidos nas fases anteriores), para posterior aprovação e redação final.

Como é possível perceber, o discurso adotado nessa proposta envolve, antes de tudo, uma *reação* aos procedimentos adotados pela Assembléia Constituinte de 1987/1988. Trata-se, portanto, de uma crítica dirigida ao modo pelo qual foi exercitado o poder constituinte originário.

No entanto, para aprovação da PEC 157, persistia um obstáculo já mencionado acima: como o poder constituinte derivado

(56) Citado conforme C. PAIXÃO, *A constituição subtraída*, in « Constituição & Democracia », n. 1 (2006), p. 4.

(57) A. SAJÓ, *Limiting Government. An introduction to constitutionalism*, Budapest, Central European University Press, 1999, pp. 1-48.

poderia modificar os termos impostos pelo poder constituinte originário?

Como resposta a essa questão, foi explicitada uma certa interpretação da *história constitucional brasileira*, que merece ser agora analisada. Essa leitura ocorreu exatamente durante os debates da PEC 157.

Em 2006, foram organizadas audiências públicas pela Comissão encarregada de apreciar, na Câmara dos Deputados, a PEC 157. Um dos depoimentos foi concedido pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim.

O depoimento de Jobim é particularmente significativo, em face de sua trajetória política. Ele foi deputado constituinte em 1987-1988, foi ministro da Justiça entre 1995 e 1997 e, neste mesmo ano de 1997, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal. À época do seu depoimento, ele estava nos últimos dias de mandato como presidente do STF. Logo em seguida, ele requereu aposentadoria e retornou à advocacia. No segundo mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, Nelson Jobim foi ministro da Defesa.

A narrativa de Jobim fornece uma leitura bastante particular do constitucionalismo brasileiro. Vale a pena acompanhar os termos do depoimento:

Todas as Constituições brasileiras foram sempre processos de transição, ou seja, não tivemos rompimentos na história brasileira. Quando o regime anterior se esboroava, emergia, logo a seguir apresentava-se uma solução à situação anterior, em substituição. Portanto *é difícil, na história política brasileira, utilizar-se de instrumento ou de linguagem importada de outros países, como, por exemplo, os conceitos de Constituinte originário e Constituinte derivado* ⁽⁵⁸⁾.

Referindo-se expressamente à Constituição de 1988, Jobim ressalta a importância do papel desempenhado pela Emenda Constitucional n° 26/85 para, em seguida, afirmar:

Portanto, *precisamos ter cautela*, não só política como também jurídica, ao

(58) BRASIL. Câmara dos Deputados, *Notas taquigráficas*, depoimento prestado por Nelson Jobim à Comissão Especial encarregada de apreciar a Proposta de Emenda Constitucional n° 157-A, de 2003, que convocava nova revisão constitucional. Audiência Pública n. 0100/2006, 8 de fevereiro de 2006 (transcrição arquivada com o autor), p. 2 (sem grifo no original).

examinar e trazer conceitos importados que se produziram na história de outros países, como é o caso, por exemplo, da França. *O conceito de Constituinte originário tem difícil viabilidade no Brasil* ⁽⁵⁹⁾.

Assim, para defender a constitucionalidade da proposta — ou seja, para autorizar a transformação, pelo poder constituinte derivado, dos procedimentos de alteração estabelecidos pelo poder constituinte originário —, foi necessário construir uma interpretação ‘brasileira’ da história constitucional, que teria a propriedade de ressignificar a dicotomia constituinte originário/constituinte derivado.

Essa narrativa não se limitou à discussão da PEC 157 ⁽⁶⁰⁾. Ela retornaria, com grande força, na fundamentação de uma importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal — principal corte de justiça que, além de outras competências, exerce o controle de constitucionalidade de atos normativos no Brasil.

É importante situar o contexto em que se deu o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Num momento próximo ao fim do regime militar, foi promulgada a Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia). Aprovada por um Congresso controlado pelo regime, a lei teve uma história tortuosa. Em meados da década de 1970, começam a surgir os comitês brasileiros pela anistia, liderados por setores da sociedade civil e por familiares de opositores do regime. O núcleo da reivindicação se concentrava no retorno dos exilados ao país e na anulação das punições impostas pelos tribunais durante os anos de repressão. O movimento ganhou dimensão nacional e um projeto de lei foi apresentado no Congresso Nacional. Durante a tramitação do projeto, o governo inseriu um dispositivo que modificou inteiramente a finalidade da lei. Com a nova redação, todos os crimes cometidos por agentes do regime foram abrangidos pela anistia. A lei foi aprovada por uma margem de sete votos, com 12 votos dissiden-

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 3 (sem grifo no original).

⁽⁶⁰⁾ É importante informar que a PEC 157 não foi apreciada pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Aprovada por uma comissão especial em 2006, ela não foi submetida a deliberação posterior.

tes fornecidos pelos deputados fiéis ao regime — foram 209 votos favoráveis contra 194 contrários ⁽⁶¹⁾.

Em 1985, foi convocada, como já relatado no presente artigo, uma assembleia nacional constituinte. Isso ocorreu por meio da aprovação de uma emenda constitucional. Além de prever o funcionamento da assembleia, a Emenda Constitucional n° 26/85 reiterou a anistia concedida em 1979, ampliando sensivelmente o universo dos beneficiários, especialmente em relação aos servidores públicos perseguidos ⁽⁶²⁾.

Na Constituição de 1988, a anistia concedida pela Lei n° 6.683/79 e pela Emenda n° 26/85 foi ampliada e reformulada, tendo sido estabelecido um programa de reparação. A tortura foi classificada como crime inafiançável.

Três são, portanto, os momentos de afirmação da anistia política na história recente brasileira: 1979, 1985, 1988.

Em julho de 2008, o Ministério da Justiça brasileiro realizou uma audiência pública, com entidades de defesa de direitos humanos e representantes de vítimas da ditadura, em que se discutiu, pela primeira vez, a possibilidade de instauração de inquéritos criminais e posteriores processos judiciais com o objetivo de punir graves violações de direitos humanos cometidas no período autoritário: desaparecimentos forçados, execuções, torturas ⁽⁶³⁾.

No dia 21 de outubro de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil apresentou diretamente ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma « arguição de descumprimento de preceito fundamental », que recebeu o número 153. Trata-se de uma ação constitucional em que se postulou a declaração de que a Lei de Anistia de 1979 não seria um obstáculo para a punição de agentes do regime responsáveis por graves violações aos direitos humanos.

A decisão foi proferida em 2010. Por sete votos contra dois, o

⁽⁶¹⁾ Cf. a narrativa empreendida em: J.C.M. SILVA FILHO, *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira, in Trabalho e Regulação. As lutas sociais e as condições materiais da democracia*, org. Wilson Ramos Filho, Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 129-177.

⁽⁶²⁾ BRASIL, *Constituições do Brasil*, cit., pp. 513-514.

⁽⁶³⁾ C. PAIXÃO, *Violação dos direitos humanos no regime militar*, in « Correo Braziliense », 18 de agosto de 2008, p. 15.

STF decidiu que a Lei de Anistia de 1979 continuava válida *mesmo após a vigência da Constituição de 1988*. A leitura da decisão, especialmente de dois dos votos proferidos, poderá ser útil para o tema aqui tratado. Veremos como os fundamentos lançados pelo tribunal revolvem o *debate sobre o exercício e a natureza do poder constituinte na experiência histórica brasileira*.

O relator da ADPF 153 foi o ministro Eros Grau. Em seu voto, o ministro Eros rejeita a possibilidade de punição de violadores a direitos humanos durante o regime militar. Para fundamentar seu entendimento, ele ressalta o que considera o aspecto fundamental da questão: a anistia teria sido fruto de um esforço importantíssimo da sociedade brasileira rumo à democratização. Ela representaria um momento crucial na retomada da normalidade institucional e, por essa razão, não seria justificável dizer que a lei de 1979 não mais vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

Dois aspectos são particularmente importantes no voto condutor: o fato de a transição brasileira ter sido « conciliada » (expressão utilizada duas vezes no voto) e a reiteração da anistia de 1979 na EC 26/85, que, no entender do relator, seria parte da « norma originária », a saber, a Constituição de 1988.

A linha de argumentação do voto é, essencialmente, voltada à defesa da transição política, « sem violência », como parte indispensável da redemocratização brasileira, que teria culminado com a promulgação da constituição de 1988 ⁽⁶⁴⁾.

Essa mesma linha de argumentação é retomada no voto do ministro Gilmar Mendes — trata-se de um voto convergente, que parte das questões tratadas pelo relator e procura aprofundar o debate constitucional em torno da anistia.

O voto do ministro Gilmar traz argumentos importantes para a nossa discussão.

Em primeiro lugar, há a reiteração da natureza « pactual », « conciliada », da Constituição de 1988. Segundo o voto, « a nova ordem constitucional pode ser compreendida como resultado de um pacto firmado entre forças plurais e, de alguma forma, antagônicas,

⁽⁶⁴⁾ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF (ADPF 153)*. Relator: Min. Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 6 de agosto de 2010, acórdão, pp. 12-46.

o que lhes dá a natureza de *Constituição Compromisso*, encartada no grupo das cartas ocidentais que foram geradas após períodos de crise » (65).

Em segundo lugar, há a reafirmação do papel « constituinte » da Emenda Constitucional nº 26/85. Retomando a argumentação tecida pelo relator, o ministro Gilmar situa as bases da legitimidade da Constituição de 1988 na emenda que convocou a assembleia nacional constituinte. Da mesma forma que o relator, o voto confere uma série de referências elogiosas ao processo de abertura política iniciado na década de 1970, em especial à movimentação que gerou a aprovação da Lei de Anistia. Segundo o ministro Gilmar, a abertura política brasileira foi um processo difícil, repleto de negociações, que deve ser sempre lembrado com « homenagens » ao « trabalho realizado por nossas lideranças políticas, especialmente por nossos parlamentares, na construção desse processo constituinte complexo, que resultou na Constituição de 1988 » (66).

Esses dois votos acabaram por prevalecer no tribunal. As razões ali lançadas são representativas de um determinado discurso.

Ele poderia ser assim sintetizado:

(1) a anistia concedida em 1979 foi parte de um processo de abertura política;

(2) essa abertura permitiu a redemocratização do Brasil;

(3) a anistia foi reiterada em 1985, na mesma Emenda Constitucional que convocou a assembleia nacional constituinte;

(4) a Constituição de 1988, fruto desse processo de abertura e redemocratização, é uma constituição pactuada, marcada pela transição, e que está, exatamente por essas razões, ligada à anistia concedida em 1979.

Assim, o STF revalidou, em 2010, a validade da Lei de Anistia promulgada em 1979. A manifestação do STF pode ser considerada como uma reiteração da semântica da transição política brasileira. Porém, o aprofundamento da leitura da decisão permitirá o desvelamento de determinados pressupostos do discurso da transição que suplantam a discussão em torno da punição, ou não, de violadores de direitos humanos. Esses pressupostos têm um alcance ainda mais

(65) Ivi, p. 237 (original grifado).

(66) Ivi, p. 241.

profundo: eles propõem uma anatomia da transição — e se inserem num campo de disputas conceituais que *inclui uma dada leitura sobre o poder constituinte no Brasil*. Cabe agora propor uma tradução desses pressupostos.

Tanto os ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, no julgamento do STF, como o ministro Nelson Jobim, em seu depoimento perante a Câmara dos Deputados, ressaltam um aspecto ligado à trajetória do constitucionalismo brasileiro: a tendência às constituições pactuadas, e a reafirmação dessa inclinação no processo de elaboração da Constituição de 1988.

Eros Grau sustenta que a Emenda Constitucional nº 26 teria uma natureza dupla: seria *ao mesmo tempo* manifestação do poder constituinte derivado — sob a forma de uma emenda à constituição de 1967 — e uma emanção do poder constituinte originário (por convocar uma assembleia que redigirá uma nova constituição). Segundo o relator, a EC 26/85 « é dotada de caráter constitutivo. Instala um novo sistema normativo » (67).

No voto do ministro Gilmar Mendes, encontramos argumentação semelhante. No início de sua exposição, ele afirma que o caso brasileiro demonstraria a impossibilidade da aplicação do par conceitual constituinte originário/constituinte derivado. Segundo seu voto, o « *os modelos a que nos aferramos* (principalmente esse modelo dualista ou binômio entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado) *estejam, na prática, sendo superados* por soluções de compromisso, as quais abrem espaço para transações políticas que levam a uma determinada solução » (68).

E é interessante registrar que, em ambos os casos aqui mencionados, há uma espécie de defesa da ‘brasilidade’ em relação ao poder constituinte. Tanto Nelson Jobim quanto Gilmar Mendes ressaltam essa especificidade típica do Brasil ao justificar a impossibilidade de adoção da distinção entre poder constituinte originário e derivado.

Para Nelson Jobim, trata-se de um elemento distintivo do povo brasileiro: « Observem o mundo de hoje. Há algum lugar no mundo em que os filhos de Abraão continuam juntos? Judeus, islâmicos e

(67) Ivi, p. 43.

(68) Ivi, p. 235 (sem grifo no original).

cristãos estão aqui, todos vivendo e convivendo com absoluta tranquilidade. Por quê? Porque é da natureza do Brasil a superação dos conflitos pelo diálogo e pela conciliação » (69).

Gilmar Mendes, por sua vez, afirma que o processo de abertura brasileiro « nos faz positivamente *diferentes* em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim » (70).

De forma surpreendente, iniciou-se no Brasil, no mês de junho de 2013, uma série de protestos e manifestações nas ruas de grandes cidades. Em seus primeiros dias, os movimentos tiveram uma conotação reivindicatória ligada especialmente à mobilidade urbana — o estopim dos protestos foi o aumento das tarifas de ônibus em algumas cidades, como o Rio de Janeiro e São Paulo (71). A partir de então, foram realizadas passeatas, sempre convocadas por intermédio de redes sociais, com as mais diversas camadas de reivindicações, desde uma rejeição genérica aos partidos políticos até pedidos por melhorias nos sistemas de educação, saúde e segurança. Como pano de fundo das manifestações, a crítica à decisão do Brasil de sediar a Copa do Mundo de futebol de 2014. Nos momentos que se seguiram ao desencadeamento dos protestos, a Presidente da República, em pronunciamento transmitido pelas televisões em todo o Brasil, formulou uma série de propostas de mudanças, procurando dialogar com os movimentos sociais. Uma delas chama a atenção: a convocação de uma « miniconstituinte exclusiva » para realizar uma reforma política.

E assim foi retomado o debate em torno do poder constituinte. A iniciativa da Presidente foi imediatamente rejeitada por expressivos setores da classe política. Porém, no ano de 2014, em que serão realizadas eleições gerais, a matéria volta à tona. Uma das propostas apresentadas pelo Partido dos Trabalhadores, hoje no poder, é o da realização de uma « Constituinte exclusiva e soberana do sistema

(69) BRASIL. Câmara dos Deputados, *Notas taquigráficas*, cit., pp. 41-42.

(70) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADPF 153*, cit., p. 242 (sem grifo no original).

(71) Cf. a abordagem proposta em M. NOBRE, *Imobilismo em movimento: da redemocratização ao governo Dilma*, São Paulo, Companhia das Letras, 2013, pp. 142-158.

político ». O dia 7 de maio de 2014 foi intitulado, pelo Partido, de « Dia Nacional de Lutas pela Constituinte » (72).

8. *Conclusão.*

A análise dos discursos de atores da cena política e do judiciário nos últimos cinquenta anos mostra a centralidade do poder constituinte. Nesse período, o Brasil experimentou alternância entre regimes autoritários e democráticos e viveu uma longa transição política. Em todas essas circunstâncias, o debate em torno do poder constituinte esteve presente, acompanhado de pares conceituais como autoritarismo/democracia, revolução/golpe e, após 1988, nacional/estrangeiro. Sempre que se estabeleceu uma disputa sobre o regime político, retornou a discussão sobre o poder constituinte.

Fica evidenciado, nesse contexto, o papel articulador do par conceitual poder constituinte originário/poder constituinte derivado. Considerando que as lutas por direitos fundamentais e cidadania se fazem presentes na história do Brasil desde o movimento pela independência, revela-se possível adotar esse par conceitual como guia na observação dos discursos, práticas e demandas por inclusão que marcam a relação entre política e direito na história brasileira.

(72) Cf. o material disponível em <http://www.plebiscitoconstituente.org.br/>, acesso em 5 de junho de 2014.

Autonomia e diritto privato

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

L'AUTONOMIE PRIVÉE EN FRANCE:
UN CONCEPT CANTONNÉ OU REJETÉ?

L'étude historique de la place de la notion d'autonomie dans la science du droit privé français ⁽¹⁾ au XIX^e et au XX^e siècle place l'historien du droit dans une situation inconfortable. Alors que les civilistes français du XX^e siècle ont largement utilisé (et continuent à utiliser ⁽²⁾) la théorie dite de l'« autonomie de la volonté » pour prétendre expliquer l'article 1134 du Code Napoléon (« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »), les travaux de caractère historique ont montré depuis plusieurs années que cette thèse de l'autonomie privée, clairement d'origine allemande, était à la fois inconnue des codificateurs et étrangère à leurs conceptions de la « loi des parties » dans les contrats. Portalis avait parlé du « délire » des jurisconsultes croyant que « les particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils étaient dans ce qu'ils appelaient l'état de nature et consentir tel contrat qui

⁽¹⁾ Dans le cas de la France, il n'est pas question de l'autonomie comme un « concept du droit » qui supposerait l'emploi de ce mot dans les textes normatifs. C'est uniquement un « concept de la science du droit », qui peut concerner la science du droit public (une question que nous n'aborderons pas ici de manière directe) et la science du droit privé (sous la forme de l'autonomie privée). Sur cette appréhension des concepts juridiques, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 21-22.

⁽²⁾ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, tome 2, Le contrat*, Paris, LexisNexis, 1998⁶, pp. 3-7. Pour un point de départ plus ancien de ce « contresens historique », consistant à identifier « autonomie de la volonté », consensualisme et liberté contractuelle qui seraient tous présents dans le Code Napoléon, les pages 27-28 d'E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937 où l'auteur voit dans la phrase de Loysel au début du XVII^e siècle (« autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain ») le « principe de l'autonomie de la volonté ».

peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi » (3). Non seulement les historiens du droit se trouvent confrontés en France, sur cette question, à une forme de surdité d'une partie de la doctrine civiliste (réticente à reconnaître un contresens historique, voire conceptuel, dans cette interprétation classique de l'article 1134 du Code civil), mais ils ont à affronter les difficultés liées à l'analyse d'un « grand silence » de la doctrine juridique française du XIX^e siècle à propos de l'autonomie.

Dans une histoire des idées juridiques, déjà rendue périlleuse par les obstacles qui peuvent s'opposer à l'idée d'une « évolution » des concepts (dans la mesure où un concept qui évolue se transformerait logiquement, par l'ajout ou le retrait d'un des éléments de sa définition, en un autre concept (4)) ou à leur « transplantation » (avec tous les problèmes liés au passage d'une langue à un autre, même quand les termes choisis sont aussi proches qu'*Autonomie* en allemand et *autonomie* en français (5)), le phénomène négatif que constitue le silence (ou le quasi-silence) ajoute un défi supplémentaire.

En partant des textes de la doctrine française, pour l'essentiel à partir de la fin du XIX^e siècle, qui utilisent le terme d'autonomie (en précisant la plupart du temps « autonomie de la volonté » ou « autonomie privée »), nous verrons que cette notion a été cantonnée, pour ses effets utiles, au domaine du droit international privé, comme si les étrangers ou ceux contractant avec des étrangers étaient les seuls à jouir d'une telle autonomie (I). Partant de ces faits positifs, nous pourrions nous interroger sur les raisons du rejet, dans le déploiement historique de la doctrine juridique française, de cette

(3) P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Au dépôt, 1827, vol. VII, p. 362; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980; A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995², pp. 64-88; X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003, pp. 448-450 avec l'exemple, très parlant, de Léon Duguit cherchant (sans trouver vraiment d'argument dans ce sens) la théorie de l'autonomie de la volonté dans l'article 1134 du Code Napoléon.

(4) M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 262.

(5) P. LEGRAND, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, in « Maastricht Journal of European and Comparative Law », 4 (1997), pp. 111-124.

problématique associée ailleurs en Europe à la notion d'autonomie (II).

I. Sur l'apparition tardive et limitée de la notion d'autonomie privée dans la doctrine française, l'étude de Véronique Ranouil a apporté, en 1980, une lumière nouvelle. Elle a montré l'importance prise par cette expression dans le *Traité de droit international privé* de Foelix ⁽⁶⁾, le premier ouvrage (à partir de sa première édition en 1843) consacré en France à la construction de cette branche de la science du droit ⁽⁷⁾. S'appuyant sur les textes de Mittermaier, de Danz et surtout de Wächter (le professeur de Tübingen venait de publier, en 1841-1842, une série d'articles sur les conflits de lois), cet avocat d'origine allemande faisait connaître à ses lecteurs français les apports de la notion nouvelle d'autonomie à la théorie classique des statuts. Parce que l'individu était « libre de contracter, de s'obliger et de disposer de ses biens » — cette liberté qu'on « appelle en Allemagne l'autonomie des citoyens » — il pouvait dans un acte juridique échapper au statut personnel ou réel pour se soumettre à une loi expressément ou tacitement choisie ⁽⁸⁾. C'était essentiellement ce second cas qui retenait l'attention de Foelix pour expliquer l'interprétation des contrats à partir de présomptions, revenant ainsi aux théories traditionnelles (en France depuis Dumoulin au XVI^e siècle) sur l'intention présumée des parties dans un contrat de mariage. Après ce texte de Foelix, Véronique Ranouil considérait qu'il fallait attendre le *Traité élémentaire de droit international privé* de Weiss en 1885-1886 (à un moment où le droit international privé devient une matière enseignée dans les facultés de droit françaises) pour que cette notion d'autonomie de la volonté devienne un sujet de discussions, réservé pendant une dizaine d'années aux internationalistes (Lainé en 1889-1890, Surville en 1890, Pillet et Audinet en 1894, Aubry dans un article dédié à cette question dans le *Clunet* de 1896, Olive avec une thèse sur ce sujet en 1899), qu'ils soient Français ou de langue française (Laurent et Borcher sont également

⁽⁶⁾ RANOUIL, *L'autonomie*, cit., p. 21.

⁽⁷⁾ J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1997, pp. 38-40.

⁽⁸⁾ J.-J. G. FOELIX, *Traité de droit international privé*, Paris, Joubert, 1847², pp. 134-135.

cités pour des travaux des années 1880 qui indiquent la pénétration de cette expression dans les travaux des juristes en langue française). C'est seulement dans un second temps, jalonné notamment par *Le droit individuel et l'État* (1891) de Beudant ⁽⁹⁾, la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de Gény ⁽¹⁰⁾ en 1899 et la thèse d'Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé* (1912) que l'expression serait devenue familière chez les civilistes français, alors même que Gény et Gounot rejetaient son application au droit français. Véronique Ranouil relevait l'absence totale de référence à l'autonomie chez les civilistes classiques du XIX^e siècle ayant traité du droit des obligations (Troplong, Marcadé, Demolombe, Larombière), y compris chez ceux influencés par la doctrine allemande (Aubry et Rau). La seule exception, confirmant la règle en raison de la position marginale de cet auteur qui ne fut jamais professeur dans une faculté de droit française, aurait été Émile Acollas qui (dans son ouvrage de 1866 intitulé *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue démocratique*, puis dans son *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants* en 1869 ⁽¹¹⁾) exaltait l'autonomie de l'individu comme le principe devant dominer dans l'avenir les législations, notamment en matière contractuelle ⁽¹²⁾. L'originalité de ce juriste, un républicain engagé sous le Second Empire qui voulait combiner la liberté (y compris du point de vue testamentaire, ce qui était peu courant chez les démocrates français) et l'égalité dans les relations de travail (il fallait éviter que la volonté de l'employeur s'impose à l'ouvrier qui avait besoin de son pain quotidien) en s'opposant à l'idée de « droit social », n'est pas exclusive d'emprunts cachés à la doctrine allemande, que pourrait révéler la présence (à l'époque

(9) CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, Paris, Arthur Rousseau, 1891, pp. 145-146: partant de l'affirmation que « la liberté envisagée comme principe du droit n'en reste pas moins la tradition nationale et purement française, la pure tradition de 1789 », Beudant identifie le droit à « l'autonomie de l'être humain », synonyme d'indépendance et d'inviolabilité de la personne, comme de garantie de la propriété.

(10) RANOUIL, *L'autonomie*, cit., p. 94.

(11) É. ACCOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, Ernest Thorin, 1885, vol. II, p. V, p. 199 (où l'autonomie de l'individu est appelée à renouveler « l'ordre juridique »), p. 562 et p. 719.

(12) RANOUIL, *L'autonomie*, cit., pp. 80-81.

aussi incongrue en France que l'autonomie) de la notion d'« ordre juridique » dans son *Manuel*. Quel que soit l'intérêt des écrits de cet esprit indépendant ⁽¹³⁾, l'on peut néanmoins considérer que son influence a été des plus limitées sur la doctrine dominante.

À l'appui de sa thèse sur un « changement de paradigme » dans la doctrine civiliste française entre les années 1820 et 1850 (qui aurait consisté à s'éloigner de l'étatisme de l'époque napoléonienne pour aller vers l'autonomie des propriétaires et des contractants), Alfons Bürge a ajouté d'autres pièces au dossier des textes français sur la notion d'autonomie. Il s'agit, d'abord, d'écrits qui prouvent la connaissance précoce dans des cercles étroits de philosophes et de juristes de l'œuvre de Kant, une connaissance accompagnée de la formulation en français de « l'autonomie de la volonté » sur le terrain de la morale : la *Philosophie de Kant* (parue à Metz en 1801) de Villers, l'*Histoire comparée des systèmes de philosophie* écrite par le secrétaire général du Ministère de l'Intérieur (plus tard Conseiller d'État) de Gérando en 1804, l'*Essai sur la nature et l'origine des droits* publié en français à Leipzig en 1818 par le publiciste allemand Brückner, enfin les éditions (1830 et 1837) de la traduction de la *Métaphysique des mœurs* par Tissot (professeur de philosophie à Dijon) ⁽¹⁴⁾. Alfons Bürge doit concéder que tous les lecteurs de Kant (eux-mêmes peu nombreux parmi les juristes français) n'ont pas utilisé cette notion d'autonomie de la volonté (c'est le cas de Renouard qui s'est appuyé sur les travaux de Kant en matière de droits des auteurs d'ouvrages) et que la transposition de cette expression en droit reste limitée à des auteurs proches de l'Allemagne comme Foelix et Schützenberger. Ce dernier, professeur à Strasbourg, est le premier à écrire en français que « les contrats sont des actes d'autonomie privée, ils complètent par la loi privée que s'imposent les parties contractantes la législation qui règle les rapports de l'ordre social privé » ⁽¹⁵⁾.

Sans entrer dans une discussion de l'interprétation proposée

⁽¹³⁾ FR. AUDREN, *Émile Aollas libertarien de la République*, in A. STORALAMARRE, J.-L. HALPÉRIN, FR. AUDREN (dir.), *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2011, pp. 239-261.

⁽¹⁴⁾ BÜRGE, *Das französische Privatrecht*, cit., pp. 77-78.

⁽¹⁵⁾ F. SCHÜTZENBERGER, *Les lois de l'ordre social*, Paris, Hingray, 1849, p. 396.

par Alfons Bürge de l'impact ces textes — qui prouvent bien une connaissance précoce des théories allemandes, mais de la part d'un nombre très restreint de juristes français, faisant ainsi douter qu'il s'agisse d'un facteur décisif dans la lecture plus « libérale » qui est faite de la codification napoléonienne à partir des années 1830 — nous voudrions ajouter quelques pièces supplémentaires à cette généalogie de l'autonomie privée dans la doctrine française. Il s'agit, d'abord, du *Traité des statuts* de l'avocat Mailher de Chassat publié en 1845, soit deux ans après l'ouvrage de Foelix. Mailher de Chassat apporte une interprétation très personnelle à la traditionnelle théorie des statuts en voyant dans le « droit statutaire » un droit coutumier (préexistant à la législation) qui exprimerait les mœurs d'un peuple. Dans cette lancée, qui pourrait évoquer Savigny (qui n'est jamais cité), il affirme prendre le « mot autonomie dans un sens différent des auteurs allemands » comme « manifestation de la puissance individuelle s'élevant parallèlement à la puissance de la loi ». Après être allé jusqu'à écrire que « la volonté de l'homme l'emporte sur la volonté de la loi », Mailher de Chassat tempère son propos, en faisant (le premier, nous semble-t-il ⁽¹⁶⁾) une analyse qui distingue les lois ayant pour seul objet l'intérêt privé — de simples prévisions que les contractants peuvent écarter — et les lois s'associant à la « pensée du droit public » ⁽¹⁷⁾. En citant expressément les articles 1134, 1135 et 6 (« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »), Mailher de Chassat avait clairement relié l'autonomie privée à la matière des contrats. Il n'est pas sûr que cet auteur, lui aussi marginal par rapport aux enseignants des facultés de droit, ait eu une connaissance très grande de la doctrine allemande (il fait une seule allusion à Savigny, comme dans son *Traité de l'interprétation*

⁽¹⁶⁾ En commentant l'article 6 du Code Napoléon, les juristes français de la première moitié du XIX^e siècle faisaient certes la distinction entre les « lois susceptibles de dérogation et celles qui ne le sont pas » (D. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1853, vol. XXX, V^o Lois, pp. 203-204) mais, avant ce texte de Mailher de Chassat, ils n'établissaient pas de lien avec le rôle de la volonté dans les contrats et l'article 1134 du Code Napoléon.

⁽¹⁷⁾ A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts*, Paris, A. Durand, 1845, pp. 177-178.

des lois paru la même année), il paraît plutôt s'être inspiré de Foelix. Il n'en reste pas moins qu'il fait un lien entre autonomie et liberté contractuelle dans les limites de l'article 6 du Code Napoléon.

Quelques années plus tard, en 1851, paraît l'*Examen des fondements de la métaphysique des mœurs et de la critique de la raison pratique* de Jules Barni, un professeur de philosophie aux sentiments républicains qui va s'opposer au Second Empire. Barni est un des propagateurs de la pensée de Kant à travers ses traductions du philosophe allemand (son maître Victor Cousin ne pouvait lire Kant dans le texte). Dans cet *Examen* de la philosophie morale de Kant, Barni identifie liberté et « autonomie de la volonté »⁽¹⁸⁾. Il est remarquable que Barni ne parle jamais d'une extension de ce principe au droit (domaine de l'hétéronomie) et, tout en admirant Kant, se montre quelque peu critique à l'égard d'une doctrine qui place la volonté au-dessus des sentiments de l'homme. De quoi modérer l'idée que les républicains français (qu'ils soient philosophes ou juristes) se seraient ralliés massivement à la philosophie kantienne.

Enfin, la réédition du *Traité de droit international privé* de Foelix par Charles Demangeat en 1866 nous paraît constituer un jalon supplémentaire dans les quarante années séparant l'introduction par Foelix de la notion d'autonomie et son utilisation à partir de Weiss par les spécialistes du droit international privé. Au développement de Foelix sur l'autonomie est ajoutée, à l'initiative de Demangeat (qui enseignait le droit romain et connaissait à ce titre la traduction française de Guénoux sous le titre *Traité de droit romain*, dont le tome VIII était paru en 1860), une note indiquant le célèbre passage du *Système* de Savigny où celui-ci prenait ses distances avec l'emploi, dans le domaine des conflits de lois, du terme d'« autonomie »⁽¹⁹⁾. Demangeat fait la remarque que le sens allemand du mot, s'appliquant aux privilèges de la noblesse et des corporations consistant à développer une « sorte de législation domestique », ne peut

(18) J. BARNI, *Examen des fondements de la métaphysique des mœurs et de la critique de la raison pratique*, Paris, de Ladrangé, 1851, p. 51, p. 276 et p. 330.

(19) CH. DEMANGEAT, *Traité du droit international privé par M. Foelix*, Paris, 1866, Marescq, p. 221 citant la traduction par Guénoux de Savigny, *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot, 1860, vol. VIII, pp. 112-113.

pas concerner le droit français. C'est une manière de cantonner l'usage de cette notion d'autonomie tout en l'admettant pleinement (au sens de l'autonomie des contractants pour choisir la loi à laquelle ils soumettent leur acte) dans le cadre du droit international privé.

L'ensemble de ces textes, combiné avec le silence des civilistes mais aussi des romanistes français (Ortolan, Pellat, Massol, Machelard) sur cette notion d'autonomie, confirme l'entrée tardive de ce vocabulaire d'origine allemande dans la doctrine française et son cantonnement au domaine du droit international privé où il prend son premier essor dans les années 1880-1890. Bénéficiant de la création du *Journal de droit international privé* ou revue *Clunet* par Demangeat en 1874 et de l'établissement de cours spécialisés dans les facultés de droit, les professeurs français se trouvaient armés (paradoxalement mieux que leurs collègues allemands à la même époque) pour débattre de cette matière et de la place que devait y tenir l'autonomie des contractants. Il reste néanmoins mystérieux de comprendre pourquoi Aubry parlait en 1896 d'un principe « à peu près incontesté aujourd'hui ». Bien que se situant dans la lignée de Foelix et de Savigny, Demangeat n'employait pas cette expression dans l'article introductif de la revue qui commentait pourtant une jurisprudence de la Cour de cassation sur la loi applicable au contrat (en l'occurrence celle du lieu de sa formation). Et le premier numéro du *Clunet* employait le terme « autonomie » à propos des États dans une traduction de l'ouvrage italien de Giuseppe Carle sur la faillite en droit international ⁽²⁰⁾. La même année 1874, le *Clunet* publiait un texte de Mancini approuvant Savigny pour avoir réfuté « victorieusement » la thèse du professeur de Göttingen Hans élevant « l'autonomie de la volonté individuelle au niveau de la puissance de la loi » ⁽²¹⁾. Il faut attendre 1882 pour qu'un article d'Esperson (professeur à Pavie, l'article a été traduit en français) dans la même revue, sur le droit international privé dans la législation italienne, parle de l'autonomie comme la « liberté de l'étranger pour tout ce qui dépend de sa volonté » (en référence aux « auteurs alle-

⁽²⁰⁾ *La faillite en droit international privé*, in *Journal de droit international privé*, 1, (1874), pp. 17-18.

⁽²¹⁾ MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoire les règles générales du droit international privé*, in *Journal de droit international privé*, 4, (1874), p. 287.

mands ») (22). Pendant longtemps, l'autonomie des États, au sens du droit international public, a pris plus de place dans les articles du *Clunet* que l'autonomie en droit privé.

Certes, les éditions successives du *Manuel de droit international privé* de Weiss à partir de 1886 (23) reprennent les théories de l'École personaliste de Mancini pour envisager l'autonomie de la volonté comme une exception à l'application de la loi nationale : en présence de « lois supplétives de volonté » (l'on voit ici l'influence du vocabulaire venu de Savigny), les contractants peuvent se soumettre à d'autres règles (y compris une loi étrangère). Weiss se contente cependant de remarquer que l'étranger « emporte avec lui » cette liberté (conçédée et encadrée par sa législation nationale) quand il contracte en dehors de son pays, sans donner de justification théorique à cette « autonomie privée » (24).

Il faut ainsi considérer l'article d'Aubry (professeur à Rennes) comme fondateur d'un débat sur l'autonomie privée en France. Tout en laissant croire à ses lecteurs que la notion d'autonomie faisait l'objet d'une doctrine « à peu près universelle » et incontestée, Aubry imposait, dans les premiers mots de son article, une définition stipulative destinée à cantonner cette idée au droit international privé : « une terminologie déjà ancienne, et qui nous vient d'Allemagne, désigne sous le nom d'*autonomie* le rôle qui appartient à la volonté expresse, tacite ou présumée des parties dans la solution des conflits de lois » (25). Après avoir rattaché ce rôle de la volonté des contractants aux analyses de Dumoulin sur les contrats de mariage entre personnes soumises à différentes coutumes, par un raccourci historique qui ménage l'honneur national des Français, Aubry n'hésite pas à ériger le « principe de l'autonomie » en « véritable axiome du droit ». Le juriste français est pourtant moins clair

(22) P. ESPERSON, *Le droit international privé dans la législation italienne*, in *Journal de droit international privé*, 9, 1882, p. 273.

(23) D'abord intitulé *Traité élémentaire de droit international de droit privé* (1886 et 1890), l'ouvrage porte ensuite le titre de *Manuel de droit international privé* (nous citons l'édition de 1905).

(24) A. WEISS, *Manuel de droit international privé*, Paris, Larose & Tenin, 1905, pp. 381-382.

(25) J. AUBRY, *Le domaine de la loi d'autonomie, en droit international privé*, in *Journal de droit international privé*, 23, 1896, p. 465.

quand il parle de la « loi d'autonomie »: ce qu'il vise n'est plus le « principe », mais la loi choisie expressément ou tacitement par les parties pour régler leur contrat. Il revient ensuite au fondement du « principe » et renvoie, comme l'avait fait Maillher de Chassat cinquante ans auparavant, à l'article 1134 du Code Napoléon. Aubry confirme aussi le lien fait par son prédécesseur avec l'article 6 du Code et avec son interprétation, désormais classique ⁽²⁶⁾, distinguant les lois « impératives » ou d'ordre public (auxquelles les contractants ne peuvent pas déroger) et les lois « supplétives » (qui ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire exprimée par les parties).

L'analyse d'Aubry progresse ensuite avec une apparente logique. Puisque le principe d'autonomie a pour fondement la volonté des parties (ou plutôt une convention tacite entre les parties), il a le même domaine que la liberté des conventions, il est « limité par le domaine voisin de l'ordre public qui l'entoure ». Ainsi « l'individu se meut dans un certain cercle qui lui est tracé par le législateur ». Il faut ensuite tenter d'expliquer pourquoi la question se pose d'une manière particulière en droit international privé. Aubry insiste sur le fait que des contractants français (il faut comprendre « qui seraient tous Français ») ne peuvent se référer à une loi étrangère. La preuve « par l'absurde » réside dans un exemple: la femme mariée française (devenue incapable de s'obliger civilement par son mariage) ne pourrait contracter en vertu de la loi russe ou anglaise pour être relevée de son incapacité (on relèvera qu'Aubry considère l'hypothèse d'une capacité de la femme mariée française comme absurde !). En revanche, les étrangers ne « sont pas soumis à toutes nos règles d'ordre public », mais seulement à celles d'une « portée absolue » qui formeraient « ce que beaucoup d'auteurs appellent aujourd'hui l'ordre public international ». Aubry note néanmoins que les étrangers, échappant pour partie à des règles impératives de l'ordre public français, sont soumis à leur ordre public national qui peut être plus exigeant.

⁽²⁶⁾ Le lien établi entre « lois supplétives de volonté » (selon l'expression de Savigny) et autonomie de la volonté se retrouve chez A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1914, vol. I, p. 8.

Sans le dire de manière très nette, la suite de l'article porte sur les contrats conclus entre des Français et des étrangers, ceux qui peuvent donner lieu à des conflits de lois et le but d'Aubry est d'éviter une extension trop grande du principe d'autonomie qui permettrait à des contractants Français d'échapper à l'ordre public français en plaçant leur contrat sous l'autorité de la loi de formation de l'acte. Pour Aubry, qui craint une « erreur » sous le couvert de l'autorité de Savigny, il s'agirait d'une véritable fraude présentant la « loi de l'acte » comme « sorte de pavillon neutre sous lequel on pourrait faire passer certaines marchandises de contrebande » (27).

Cette problématique est poursuivie, avec les mêmes ambiguïtés, dans la thèse de Louis Olive parue trois ans plus tard en 1899. Dès les premières pages, l'auteur s'inquiète de ce qui pourrait être un « pouvoir exorbitant » pour les parties de choisir, parmi les lois des États, celle à laquelle ils voudraient soumettre un rapport juridique donné (28). Pour tempérer cet excès il faut s'appuyer sur l'article 6 du Code civil, comme sur les conceptions de Savigny relativement à la différence entre lois impératives et règles de droit supplétif (cette distinction faite par Savigny, dès le premier volume de son *System* (29), a probablement aidé les auteurs français de la seconde moitié du XIX^e siècle à mieux théoriser l'article 6 du Code Napoléon). Cela signifie, tout d'abord, que la partie qui se réfère dans un contrat à une loi étrangère ne fait « qu'user du droit que lui reconnaît sa loi nationale ». Pour un Français, la base légale de l'autonomie est donc l'article 1134 du Code Napoléon (30). Le droit international privé ajoute, ensuite, plusieurs éléments à cette situation : la différence de nationalité entre les contractants ou le fait que le contrat ait été conclu à l'étranger peuvent faire présumer que les parties ont voulu se soumettre à une législation étrangère (c'est alors une question de preuve qui ne concerne pas l'étendue du domaine d'autonomie) ; le choix de la loi étrangère peut être paralysé par les

(27) AUBRY, *Le domaine de la loi d'autonomie*, cit., p. 472.

(28) L. OLIVE, *Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé*, thèse droit, Paris, 1899, p. 10.

(29) Fr. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. fr. Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1851, vol. I, § 15, p. 54.

(30) OLIVE, *Étude sur la théorie*, cit., p. 30.

dispositions impératives de « l'ordre public international » auxquelles les parties ne peuvent pas déroger (ce qui pourrait ouvrir aux contractants français un domaine plus large que celui de l'ordre public interne, le contractant français devant seulement respecter les lois gouvernant son état et sa capacité) ⁽³¹⁾.

Louis Olive est amené à aller un peu plus loin sur ces thèmes en discutant les thèses du comte de Vareilles-Sommières exposées dans sa *Synthèse du droit international privé* (1897). De Vareilles-Sommières, partisan du territorialisme et violemment opposé à l'idée que le contractant étranger puisse transporter avec lui une liberté résultant d'une loi étrangère, contestait l'idée que l'article 6 du Code civil ait rendu certaines lois françaises facultatives ⁽³²⁾. Les lois supplétives de volonté sont pour lui d'authentiques lois, les contractants peuvent seulement renoncer aux bénéfiques que la loi confère, ce qui laisse entendre qu'ils restent dans le droit français en choisissant seulement de ne pas être « protégés » par quelques-uns des droits subjectifs reconnus aux Français. Louis Olive se contente de contester cette distinction qui serait placée, par l'article 6 du Code Napoléon, entre des droits (certains susceptibles de renonciation, d'autres dont les contractants en peuvent disposer) et non entre des lois ⁽³³⁾. Ce faisant, il revient à l'idée que l'article 6 du Code Napoléon « tolère » que les lois supplétives de volonté « soient remplacées par des dispositions choisies par les intéressés eux-mêmes » ⁽³⁴⁾. Il nous semble que la démonstration menée par Louis Olive ne va pas au bout de la question de la création de nouvelles normes par les contractants. Presque trente ans plus tard, en 1927, une autre thèse de doctorat, celle de Marcel Caleb, prolonge quelque peu la discussion dans la perspective française du droit international privé. S'appuyant sur les travaux de Bülow (son article sur le *Dispositives Civilprozessrecht* de 1881 est directement relié à un combat contre la « surestimation de la volonté individuelle »), Marcel Caleb considère que la prétendue autonomie de la volonté

⁽³¹⁾ OLIVE, *Étude sur la théorie*, cit., p. 32.

⁽³²⁾ G. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé*, Paris, F. Pichon, 1897, vol. I, pp. 245-247 et vol. II, pp. 102-103.

⁽³³⁾ OLIVE, *Étude sur la théorie*, cit., p. 35.

⁽³⁴⁾ OLIVE, *Étude sur la théorie*, cit., p. 49.

résulte en droit français d'une « habilitation » donnée à la volonté des parties par l'article 1134 du Code Napoléon. Il en conclut que tous les effets de cette volonté autonome « sortent de la loi » et que « la volonté individuelle est impuissante à créer du droit »⁽³⁵⁾. Cette dernière phrase va peut-être au-delà de la pensée de l'auteur : en termes kelséniens, les internationalistes français admettaient bien que les contractants puissent créer des « normes individuelles », c'est-à-dire des règles applicables aux seuls contractants. Mais ils ont été unanimes à considérer, dès la fin du XIX^e siècle, que ces contractants (en contact avec le droit français par leur nationalité ou le lieu de formation du contrat) ne pouvaient pas créer une norme générale ou une norme à l'extérieur du droit français. L'autonomie de la volonté se réduisait, pour les juristes français, à utiliser l'espace de liberté contractuelle, dessiné en creux par les règles impératives du droit français, et de manière implicite à se soumettre à une norme qui existait déjà (au moins de manière potentielle) dans le droit français.

II. Ainsi cantonnée dans le domaine du droit international privé (lui-même conçu comme une branche du droit national), la notion d'« autonomie de la volonté » avait une faible portée pour les juristes français, en dépit des affirmations (dépourvues de toute justification théorique) de l'existence d'un tel « principe » de la part des civilistes, des affirmations qui débute au XX^e siècle avec Henri Capitant⁽³⁶⁾. Le seul juriste qui ait présenté en France de véritables arguments contre les théories allemandes sur ce thème est Gény. En 1899, la même année que la thèse de Louis Olive, Gény consacre un développement de quatre pages à cette question dans sa célèbre *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. La discussion part d'une interrogation : « dans quelle sphère s'exerce la force impérative de la loi ? ». Tout de suite, Gény place le débat « suivant nos idées françaises » sur le terrain de la souveraineté nationale, dont le domaine (sans limites dans l'ordre interne) paraît exclure que des

(35) M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Paris, Sirey, 1927, pp. 26-27 et p. 37.

(36) Il est notable qu'Henri Capitant n'ait pas parlé de ce principe dans la première édition de son *Introduction à l'étude du droit civil* en 1898, mais à partir de la deuxième édition en 1904: RANOUIL, *L'autonomie*, cit., p. 94.

communautés (autres que l'État) ou des particuliers jouissent d'une certaine « autonomie ». Cette introduction permet, dans un second temps, de se référer (avec une note renvoyant aux travaux de Bekker, Puchta, Wilda, Gerber, Maurer, Stobbe, Gierke que Gény, en bon connaisseur de la langue allemande, avait très probablement lus) au « problème de l'autonomie législative », tel qu'il s'est développé historiquement « dans certains pays voisins », « en Allemagne notamment ». Ce que Gény appelle « autonomie législative » est donc la thèse « allemande », selon laquelle certains groupes avaient le droit de constituer des lois particulières, susceptibles d'avoir des effets y compris sur des tiers (cette mention précise montre que Gény ne réduit pas la discussion à la création de « normes individuelles » par les contractants et qu'il ne confond pas « autonomie législative » et « autonomie de la volonté »). Suit un court exposé historique, visant à montrer que cette « autonomie législative » très étendue au Moyen Âge en Allemagne, s'est de plus en plus restreinte outre-Rhin (de l'aveu même d'auteurs comme Stobbe et Gierke) pour ne concerner que quelques villes privilégiées, des familles princières ou nobles et peut-être des corporations. Gény en vient alors à se demander si ces reliques d'autonomie législative ne se réduisent pas à la mise en œuvre du « principe général de l'autonomie de la volonté » (*Privatautonomie*) « qui établit des rapports juridiques et engendre des droits subjectifs, mais ne peut créer des règles de droit objectif ». Le silence du récent Code civil allemand (BGB) serait la preuve de ce déclin de l'autonomie législative, avec seulement la confirmation par la loi d'introduction du BGB des privilèges des familles princières et de l'ancienne noblesse d'Empire (une exception qui fait ressortir la « condamnation définitive » du principe de l'autonomie).

On voit que cette discussion est très finement menée par Gény qu'il s'agisse d'expliquer ses origines historiques en Allemagne ou de distinguer « autonomie législative » et « autonomie de la volonté » (elle-même analysée dans des termes qui peuvent paraître annoncer la distinction kelsénienne entre normes générales et normes individuelles). Il reste juste à Gény de conclure sur la situation française : « je doute fort qu'il soit possible de découvrir, dans notre régime moderne, le germe d'une véritable autonomie législative attribuée à des citoyens indépendamment du pouvoir central ». Le développe-

ment s'achève par un examen rapide des situations qui pourraient donner lieu à une éventuelle autonomie législative (telles qu'elles avaient été envisagées en 1895 par Gierke dans son *Deutsches Privatrecht* ⁽³⁷⁾): les communes et départements (qui ne peuvent rien décider en France sans délégation du législateur), les associations (dont les statuts constituent des « rapports juridiques » entre les contractants, mais non des règles de droit applicables aux tiers) et (dans une note où Gény met en arrière-plan sa défense de l'Église contre la République qu'il jugeait « anticléricale ») l'Église catholique qui a bien son propre droit, mais n'est pas en mesure de l'imposer à l'État ⁽³⁸⁾.

Gény est ainsi le seul à expliquer (ou à expliciter) en quoi la théorie de l'autonomie (du moins sous sa forme de l'autonomie législative) serait incompatible avec le droit français « moderne », c'est-à-dire tel qu'il s'est développé depuis 1789. En établissant la souveraineté nationale, de qui dépend toute autorité (c'est l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), la Révolution française aurait exclu toute autonomie pour l'Église (ou plus généralement pour les églises, quelle que soit la confession), les corporations ou associations, la noblesse ou les collectivités territoriales. Gény reprend et amplifie sa démonstration dans le volume I de *Science et technique en droit privé positif* dont le texte paraît en 1914, juste avant la Première Guerre mondiale (la note introductive de l'auteur est datée de Nancy le 15 octobre 1913). La question est désormais présentée au niveau théorique : « Est-ce à dire qu'il n'y ait de droit que dans et par l'État? ». Gény précise immédiatement qu'il ne s'agit pas ici de traiter du droit international (un sujet qui était totalement absent chez lui en 1899), mais d'envisager des groupes plus restreints « dans le sein même de l'État », des « organismes assez puissants pour porter et sanctionner des règles de conduite extérieure obligatoires » (on notera ici une précision du vocabulaire qui est très rare chez les auteurs français de cette époque et rapproche Gény de ses contemporains allemands).

⁽³⁷⁾ O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, pp. 142-156.

⁽³⁸⁾ Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, pp. 211-215.

C'est alors que le débat est rattaché, comme dans la *Méthode*, à l'Autonomie (avec une majuscule) des « juristes allemands » en tant qu'« institution parallèle à la législation d'État ». L'analyse de Gény reste identique : cette institution contrarie la souveraineté « exclusive et jalouse de l'État moderne », elle perd de plus en plus de son importance (il faut comprendre, sans doute, pour ce qui concerne l'Allemagne), elle n'a « aucun domaine d'application incontestable en France où tout régime de castes est aboli ». Suivent les arguments relatifs à la situation française : la noblesse ne représente plus qu'une distinction historique, l'État « s'est assimilé des divisions territoriales pour en faire comme des fractions ou dérivations de lui-même », les groupements « doués d'une véritable homogénéité corporative » ne lient leurs membres par des statuts « que suivant la loi générale et dans les limites fixées par celle-ci » (en note la référence à Maxime Leroy et à l'idée d'un « droit ouvrier » de création autonome est signalée, les lecteurs devant comprendre que les conceptions de ce théoricien du syndicalisme ne peuvent être acceptées par le conservateur Gény) ⁽³⁹⁾.

Pour aller au-delà d'une autonomie privée en vertu de la liberté des conventions (l'autonomie de la volonté « à la française », pourrait-on dire, trouvant un prétendu appui dans l'article 1134 du Code Napoléon), « il faudrait donc dépasser la sphère même de l'État et faire en quelque sorte abstraction de sa nature ». Sans s'expliquer outre-mesure, Gény laisse entendre que ce dépassement de l'État n'est concevable qu'en faveur de l'Église catholique. Gény, qui était un catholique convaincu très critique à l'égard de la politique républicaine en ce domaine (la Séparation des Églises et de l'État date de 1905, moins de dix ans avant ce texte), esquive sa réponse en constatant d'une part que l'Église possède une autonomie reconnue à travers sa personnalité internationale et d'autre part que le droit positif de l'Église n'atteint (notamment par ses sanctions) que les fidèles sans relation avec le droit étatique (qui peut ainsi ignorer le droit canon). En note, Gény cite Wundt pour réfuter l'idée qu'un droit positif en dehors de l'État serait illogique, Jhering pour évoquer une thèse opposée au droit de l'Église (mais sans

⁽³⁹⁾ FR. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1914, vol. I, pp. 58-59.

rendre compte de ses positions sur le thème général de l'autonomie de la volonté ?) et surtout Esmein (le professeur parisien, mort en 1913, était un partisan avoué de la Séparation en 1905) pour dire qu'en droit français, le droit de l'Église n'a pas « plus de conséquences », c'est-à-dire plus de portée en droit positif.

Toutes ces notations, vraisemblablement bien pesées (il s'agit, à notre avis, d'un des textes les plus denses de Gény dont le style est assez souvent filandreux dans le reste de ses ouvrages), conduisent Gény à exprimer son opinion : en réduisant l'Église à un seul prestige spirituel, l'État français « semble bien avoir excédé la mesure légitime de sa souveraineté ». Bien plus, le « libre développement de la personne humaine » (une expression qui n'avait rien de courant chez les juristes français en 1914), qui suppose la liberté de conscience et des cultes, ne saurait être pleinement satisfait « que par l'autonomie reconnue à toute société religieuse douée de l'organisation nécessaire pour accomplir » sa mission. Ici, Gény n'hésite pas être prescriptif et à souhaiter la reconnaissance d'une véritable autonomie pour l'Église (catholique et, très éventuellement, pour d'autres églises).

Le passage, beaucoup plus incisif on le voit que dans la *Méthode* de 1899, s'achève par l'affirmation de l'Église comme « centre de formation du droit positif » (Gény n'est pas alors très loin de ce que Santi Romano écrit quelques années plus tard dans l'*Ordinamento giuridico*) et par une pirouette pour revenir, dans la suite de l'ouvrage, au seul droit positif « dans et par l'État ». Il est révélateur que ce texte écrit juste avant le début de la Première Guerre mondiale et citant encore de nouvelles lectures des auteurs allemands faites par Gény (Stammler, Bierling et Brütt) comporte également un appel à tous ceux qui « placent le fondement du droit ailleurs que dans la force matérielle », en s'appuyant sur la « conception demeurée traditionnelle en France » d'après Fouillée (*L'Idée moderne du droit*, 1878) ⁽⁴⁰⁾. Ce thème allait être développé à l'envi par les juristes français dans la guerre contre l'Allemagne et contre la théorie de la *Herrschaft*.

Les deux textes de Gény nous fournissent, au-delà des opi-

(40) GÉNY, *Science et technique*, cit., pp. 62-63.

nions propres à ce juriste alliant modernisme (dans sa *Méthode* et dans sa connaissance des controverses théoriques en Allemagne qu'il était un des seuls à maîtriser en France) et opinions politiquement conservatrices (qui l'amenaient à défendre à contrecœur le positivisme étatique), plusieurs pistes de réflexion sur le « grand silence » du reste de la doctrine française à propos de l'autonomie privée. Gény propose, pour l'essentiel, des explications historiques sur les différences entre la France et l'Allemagne à l'ère contemporaine: d'un côté un État anciennement centralisé qui, depuis la Révolution, a banni les corps intermédiaires et sécularisé son droit, de l'autre une Fédération à l'unité récente qui a maintenu au début du XX^e siècle les droits de la noblesse et reconnaît la force des corporations comme des Églises.

Cette analyse sur les différences politiques entre la France et l'Allemagne ne suffisent pas, selon nous, à expliquer (en dernier ressort par un facteur culturel faisant appel à une sorte d'esprit juridique français) le rejet de la notion d' « autonomie privée » par les juristes français. Gény ne tient pas compte des développements les plus anciens de la théorie de l'autonomie en Allemagne, par exemple chez Pfizer et Puchta ⁽⁴¹⁾, ni des critiques adressées à la notion d'autonomie présentées par Gerber dès 1854-1859 ⁽⁴²⁾. Le sort de cette théorie ne peut être ramené à un conflit de valeurs entre l'Allemagne et la France, selon une stylisation qui donne trop d'importance à un prétendu « esprit national ».

Nous pensons plutôt que la place centrale de la loi dans le droit français, particulièrement depuis la Révolution française et le Code civil, a participé à la diffusion, à l'insu même des juristes français, d'une conception positiviste selon laquelle il n'y a pas de droit en dehors de l'État. Alors que les civilistes français de la fin du XIX^e siècle et du XX^e siècle invoquent (comme un mot dénué de sens précis en dehors de la liberté contractuelle) l'autonomie de la volonté, Gény est paradoxalement (dans la mesure où il est lui-

⁽⁴¹⁾ S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001, pp. 23-25.

⁽⁴²⁾ S. SCHMIDT-RADEFELDT, *Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) und die Wissenschaft des deutschen Privatrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 235-237.

même le partisan d'un droit naturel et désapprouve partiellement le droit positif dans le contexte de la III^e République) le seul juriste français qui ait commencé à théoriser cette identification de l'ordre juridique et de l'État, une vingtaine d'années avant les travaux de Kelsen sur ce sujet. En même temps, Gény n'est pas un positiviste: il croit dans un droit naturel (en principe laïque) et entend défendre l'Église face à l'État. Il s'empare du thème de l'autonomie pour avancer quelques-unes de ses idées, sans pour autant rompre avec ce positivisme étatique ambiant qui s'est développé en France. Il nous paraît révélateur que Gény, en citant *Der Zweck im Recht*, omette de signaler les phrases très claires de Jhering : « En d'autres termes, l'État est l'unique source du droit. L'autonomie exercée de fait par beaucoup d'associations, à côté de l'État, ne contredit pas à cette assertion. Cette autonomie trouve sa base juridique dans une concession expresse, ou dans la tolérance tacite de l'État. Elle n'existe pas par elle-même, elle dérive de l'État ⁽⁴³⁾ ». Parce qu'il n'admet pas la conséquence qu'en tire Jhering sur le droit de l'Église ⁽⁴⁴⁾, Gény préfère utiliser des arguments historiques opposant la France à l'Allemagne plutôt que d'adhérer à une analyse théorique mettant en valeur les faiblesses de la thèse de l'autonomie privée.

De notre point de vue positiviste, les arguments de Gény (comme ceux de Gerber et de Jhering) pour rejeter la notion d'autonomie étaient tout à fait recevables, mais ils étaient présentés de manière allusive et presque à contrecœur par le juriste français. À l'inverse, l'idée d'autonomie était tellement séduisante que même des positivistes (comme Kelsen) ont pensé à justifier l'existence d'un droit coutumier par l'idée que les sujets de droit étaient capables de créer du droit objectif ⁽⁴⁵⁾. Sans le savoir ou sans le dire, les juristes français avaient compris que le droit était caractérisé par l'hétéronomie, c'est-à-dire l'imposition de normes par le pouvoir, un pou-

⁽⁴³⁾ R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, trad. fr. O. de Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq, 1901, p. 213.

⁽⁴⁴⁾ Sur cette opposition relativement à la place de la religion dans le droit entre Gény et Jhering, J.Q. WHITMAN, « Jhering parmi les Français, 1870-1918 », in O. BEAUD, P. WACHSMANN, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 160-162.

⁽⁴⁵⁾ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. fr. B. Laroche et V. Faure, Paris, LGDJ-Bruylant, 1997, p. 182.

voir monopolisé aux Temps modernes par l'État. Si l'on est convaincu par ces postulats positivistes, la théorie de l'autonomie privée est infondée et les juristes français pouvaient, en bonne méthodologie, renoncer à utiliser ce concept inadapté, en dehors du domaine limité de l'autonomie contractuelle concédée par les États en droit international privé.

SEBASTIÁN MARTÍN

LA UTOPIA KRAUSISTA: AUTONOMÍA DEL SUJETO
(INDIVIDUAL Y COLECTIVO)
EN LA POLÉMICA JURÍDICA ESPAÑOLA (1870-1900) (*)

Hoy, como siempre, la tarea política es retomar y llevar más lejos la gran tradición emancipadora de Occidente: construir una sociedad democrática, autogobernada, donde autonomía individual y autonomía colectiva se apuntalen entre sí y se retroalimenten.

Cornelius Castoriadis, 1986

Introducción. — 1. Fundamentos teóricos: persona, esfera inmanente, relación jurídica, fuentes del derecho. — 2. Teoría del Estado, derechos de la personalidad y soberanía nacional. — 3. *Selfgovernment*: condiciones y consecuencias. — 4. La autonomía de los cuerpos territoriales. — Conclusión.

Introducción.

No se caracteriza la historia constitucional española por la vigencia consistente y el respeto escrupuloso de los derechos. Atravesada por dos dictaduras y varias guerras civiles — una de ellas movida por un afán de exterminio sistemático del disidente —, signada por el predominio del poder ejecutivo, la escasa normatividad de sus constituciones y la declaración frecuentísima de estados de excepción, no puede afirmarse que España tenga un pasado político del que vanagloriarse, salvo si restamos los contadísimos casos en que la *mejor pars* intentó remontar la situación con proyectos modernizadores, democráticos, garantistas y equitativos de

(*) Proyectos DER2010-21728-C02-01 y DER2011-29740-C02-01.

duración demasiado efímera. Hay quien piensa que esta notoria falta de arraigo de los derechos de libertad en la España contemporánea se debió, entre otras causas, a la falta de la correspondiente cultura individualista y al exceso de colectivismo romántico (1). De ser así, esta carencia debió de ser muy sensible en el discurso jurídico, el primer llamado a tratar la cuestión y el alcance de los derechos.

Propósito de este excursus es precisamente valorar hasta qué punto esta ausencia responde a la realidad del debate jurídico español. Para ello nos situaremos en un periodo decisivo, el último tramo del siglo XIX, justo cuando la doctrina del derecho experimentó una escisión sensible (2). Si nos detenemos en este intervalo no es solo por su vivacidad intelectual, sino porque una de las perspectivas jurídicas entonces en liza se distinguió justamente por colocar en el mismo núcleo de toda su sistemática la propia idea de *autonomía*, base y fundamento de la ulterior legitimación de los derechos individuales y colectivos, de la soberanía nacional y del autogobierno de los municipios. Si el lector está familiarizado con las corrientes doctrinales circulantes en la España finisecular, habrá adivinado que la referencia es al llamado krausismo, dirección intelectual inspirada en el filósofo idealista alemán Karl Ch. F. Krause, importada en muy primer término por Julián Sanz del Río, difundida en el campo jurídico por la obra de Heinrich Ahrens, desarrollada en España por autores como Nicolás Salmerón, Federico de Castro, Francisco Giner de los Ríos o Gumersindo de Azcárate, desplegada por las

(1) J. ÁLVAREZ JUNCO, *En torno al concepto de 'pueblo'. De las diversas encarnaciones de la colectividad como sujeto político en la cultura política española contemporánea*, «Historia contemporánea», 28 (2004), pp. 83-94, con lamento inicial por nuestra «persistente tendencia a atribuir los derechos políticos a la colectividad, en lugar de radicarlos en los individuos». Me pone sobre la pista de esta lectura Pipo Clavero. Comprobaremos en estas páginas cómo autonomía colectiva e individual se pensaron en la cultura jurídica española como necesariamente complementarias.

(2) Para el análisis general del mismo, permítaseme la remisión a S. MARTÍN, *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945)*, «Historia constitucional», 11 (2010), pp. 89-125, e ID., *La modernización del discurso jurídico en la Universidad Central durante la Segunda República*, en Eduardo González Calleja, Álvaro Ribagorda (eds.), *La Universidad Central durante la Segunda República. Las ciencias humanas y sociales y la vida universitaria (1931-1939)*, Madrid, Dykinson - Universidad Carlos III, 2013, pp. 169-213, epígrafe titulado «El paradigma jurídico de la Restauración o el derecho como terapia social (1874-1920)», p. 184 y ss.

más variadas ramas del saber, de la pedagogía al derecho, y que dio programa y base espiritual a iniciativas culturales, tan decisivas en la historia política y científica española, como la Institución Libre de Enseñanza ⁽³⁾.

En estas páginas cumple examinar la corriente krausista en su relevantísimo y central aspecto jurídico, y desde un sesgo muy específico, el proporcionado por las ideas del sujeto de derecho y su autonomía. Atenderemos principalmente a las obras de tres autores: Giner, Azcárate y Adolfo Posada, aunque también emplearemos referencias de Joaquín Costa. Con el análisis resultante se aspira a poner de relieve una peculiaridad, que acaso pase desapercibida, inspirando diagnósticos pesimistas como el aludido al comienzo. Consiste en la circunstancia de que la autonomía del sujeto, y con ello sus derechos, quedasen perfilados en un modelo teórico de corte organicista y corporativo, proclive, pues, al menos en principio, a la negación de la autonomía individual en favor de las funciones del cuerpo político. Solo a través de una lectura atenta podrá apreciarse la noble tensión intelectual que trató de salvar esta aporía, en el convencimiento de que no cabe autonomía individual si no existe, al propio tiempo, la social.

Este ensayo arrancará (i) identificando los fundamentos del sistema teórico krausista; veremos seguidamente (ii) cómo de tales fundamentos se derivaba una muy peculiar teoría del Estado, con su particular noción de la soberanía y que prestaba apoyo a la comprensión de los derechos individuales; apreciaremos después (iii) cómo se construía la propia idea de autodeterminación de la colectividad política por excelencia, la nación, enumerando requisitos, localizando consecuencias y desvelando genealogías; la necesidad de que el colectivo gozase de autonomía como medio para garantizar la libertad de sus miembros no era exclusiva de la nación, correspondiendo también (iv) a entidades intermedias, muy principalmente a los municipios, cuestión a la prestaremos atención después, cerrando con ello la exposición de un modelo teórico que se conjugaba en la Restauración como proyecto crítico alternativo tanto a la propuesta global federalista como al sistema político imperante, el de la

⁽³⁾ Una útil presentación de la corriente sigue siendo la de E. DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Valencia, Fernando Torres, 1983², especialmente pp. 46-61.

bautizada como « Monarquía doctrinaria ». Concluiremos así haciendo un balance acerca de la capacidad de estas culturas para fundar una práctica constitucional, y llamando la atención sobre una marcada ausencia en el campo elitista de la doctrina del derecho: la de la autonomía social e individual en un mundo naturalmente indeterminado.

1. *Fundamentos teóricos: persona, esfera inmanente, relación jurídica, fuentes del derecho.*

La filosofía jurídica krausista en España, aparte de en la propia obra de Krause, tuvo un acicate fundamental en los tratados jurídicos de Heinrich Ahrens ⁽⁴⁾. Compondrán, por ello, nuestro punto de partida. En un principio, como toda concepción teórica acerca del derecho de corte liberal, la planteada por Ahrens identificaba el espacio de la « autonomía » con la esfera del derecho privado ⁽⁵⁾. En ésta, la « persona física ó moral » se mostraba « en su propiedad y sustantividad, en su *independencia* », decidiendo internamente su conducta « en *espontánea* determinación (*autonomía*), según sus propias convicciones ». Lo significativo es que, en ese espacio privado, no discurrían exclusivamente individuos, sino también

⁽⁴⁾ Apunta la importancia capital de las ideas de Ahrens en el pensamiento político español, debido a su pronta traducción al francés, G. CAPELLÁN DE MIGUEL, *Liberalismo armónico. La teoría política del primer krausismo español (1860-1868)*, « Historia y Política », 17 (2007), pp. 89-120, p. 93 y ss.

⁽⁵⁾ H. AHRENS, *Enciclopedia jurídica ó Exposición orgánica de la Ciencia del Derecho y del Estado* (1855), Madrid, Victoriano Suárez, 1880, I, trads. Francisco Giner, Gumersindo de Azcárate, Augusto G de Linares, p. 170. Para evitar una desproporcionada extensión del aparato de notas se advierte que las citas expresas, salvando las procedentes de otras obras convenientemente anotadas al pie, proceden de las pp. 24, 38, 43-44, 49-50, 60, 72, 74, 110, 112, 134-137, 150, 155-56 y 171-172. Un encuadre sumario del autor en Evi HERZER, *Der Naturrechtsphilosoph Heinrich Ahrens (1808-1874)*, Berlín, Duncker&Humblot, 1993. Debe tenerse presente que no fue Ahrens el único autor decisivo a este respecto. Buena parte de las inspiraciones procedían de la filosofía jurídica del propio Krause — v. F. QUEROL FERNÁNDEZ, *La filosofía del derecho de K. Ch. F. Krause*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2000 — y, en España, aunque principalmente en materia penal, también en materia iusfilosófica gozó de considerable predicamento Karl D. A. RÖDER, *Grunzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, Winter, 1846.

« personas morales ». E igualmente relevante es que dicha órbita privada de autonomía y libertad, más que un espacio extrajurídico regido por la moral, resultase una manifestación fundamental del derecho, de aquel « derecho *interno* » que las personas aplican a sus actos y relaciones para « buscar y promover su bienestar ético », « sin tener que responder de ello á autoridad alguna externa », pero sin dañar por ello « los derechos proporcionales de los demás ».

La entrada en el planteamiento del sujeto colectivo y la presencia del derecho en el fuero interno nos sugieren una filosofía jurídica bien distante de la propuesta décadas atrás por Kant. Las reservas eran explícitas: la misión del derecho no se reducía, para Ahrens, a « ordenar y proteger las condiciones para la coexistencia de la libertad de *todos* ». Por el contrario, contenía una dimensión positiva fundamental, de suministro de las condiciones que hacían posible, no ya la defensa de una libertad preexistente, sino la ampliación gradual de su radio, removiendo los obstáculos que la pudieran entorpecer. Esta función positiva se justificaba por el fin propio de las acciones humanas, que no se regían por la « mera voluntad ó libertad », como sostenía Kant, sino que necesariamente perseguían la « *perfección* del hombre y la sociedad », algo inasequible si no mediaba « el recíproco apoyo y complemento que se prestan unas á otras las personas ». El propio derecho era el encargado de canalizar e incitar esas prestaciones recíprocas, de ahí que se definiese como « *el todo de las condiciones que ha de prestar la voluntad humana para la realización de los fines racionales de la vida* ».

Por consiguiente, el derecho, para Ahrens, no solo había de proporcionar un marco formal para la libre concurrencia individualista. En su aspecto « público », tenía también que suministrar las reglas que posibilitasen la « *cooperación* » entre las personas, en orden a la consecución de sus fines respectivos. Y esos fines convergían en uno, compartido tanto por el derecho público como por el privado: el perfeccionamiento humano, entendido como « cumplimiento de sí propio », como actuación de todas las potencialidades contenidas en el hombre. En este razonamiento palpataba la religión. La esencia humana no era producto de la historia ni de la cultura, sino creación divina, y los hombres estaban inexorablemente orientados a su realización progresiva. Tal era su « destino », y las

acciones realizadas conforme al mismo componían « su bien » (6). La cuestión era que, para el correcto y paulatino despliegue de esa esencia, habían de darse unas condiciones específicas, ordenadas por el derecho pero aprestadas libre y coordinadamente por los sujetos. Por eso la comprensión del derecho exigía situarlo, en primer término, en el ámbito de las « relaciones » intersubjetivas.

El timbre propio de la filosofía jurídica krausista residía precisamente en la localización de dichas relaciones. El perfeccionamiento del hombre se lograba persiguiendo fines particulares, « capitales para la vida humana », y desenvueltos, cada uno de ellos, en diferentes y complementarias esferas vitales. La sociedad en su conjunto — « organismo de personas individuales y morales » — se concebía como « la totalidad unitaria » de dichas esferas, pero cada una de ellas constituía « á su vez un todo », instituido de forma autónoma pero necesariamente dirigido al fin que le era propio. Podían distinguirse de este modo diversos círculos de vida: los de la religión, « la ciencia y las artes », la « enseñanza y la educación » o el « comercio y la industria », correspondiendo a cada uno de ellos un entramado jurídico e institucional autónomamente producido, pero armónica y orgánicamente entrelazado a los demás. El derecho, de esta forma, quedaba representado como un fenómeno orgánico y omnicomprendivo, con su lógica propia, la de encauzar las relaciones en orden a la conquista progresiva de una vida racional, pero presente en todas las esferas de la vida. O, por expresarlo de modo inverso: todos los círculos vitales contaban con su dimensión jurídica, que era justo la encargada de garantizar que se prestasen las condiciones necesarias para la satisfacción de los diversos fines humanos.

El principio de producción de este orden social armónico no era otro que el de la autonomía. Ante todo, la de la propia persona, « individual ó no »: su « determinabilidad ó libertad » exigía que intentase por sí sola procurarse « las condiciones necesarias » para el cumplimiento de su destino; la circunstancia de que, en primera instancia, se hallase « inmediatamente reducida a sí misma », implicaba que la persecución de sus fines debía comenzar por su « propia

(6) H. AHRENS, *Curso de Derecho natural ó Filosofía del Derecho* (1870⁶), Madrid, Carlos Bayllu-Bailliere, 1889, p. 100.

acción », fuente y expresión de « su moralidad, su Derecho y justicia ». No cabía, pues, encomendarse desde un inicio a la providencia estatal o corporativa para la satisfacción de los intereses y fines personales, pues esto supondría una suplantación funesta de la « personalidad libre » de los sujetos. Ahora bien, una vez agotados los recursos de la libre actividad, no cumplía el abandono de los que continuasen sin colmar las exigencias de una « vida racional », conforme a su esencia, sino la organización del « auxilio y cooperación ajenos », desde la primera célula social, la familia, hasta el propio Estado, pasando por las instancias intermedias de la « clase » y el « municipio ». Pero esta cooperación no apagaría ya la autodeterminación personal, sino que allegaría las condiciones que continuarían haciéndola posible.

La autonomía, además, resultaba principio rector de las propias esferas de vida que conformaban la sociedad. Partiendo de la libre acción de sus miembros respectivos, las relaciones que ordenaban armónicamente los universos religioso, económico o científico se regían por leyes inmanentes, que el derecho sancionado por los poderes públicos no debía conculcar, sino reconocer y consagrar. Esta organización espontánea de los diversos círculos vitales formaba, de hecho, un poder social efectivo, que tendía a prevalecer incluso cuando las normas estatales pretendían contradecirlo. Tanto era así que para Ahrens no venía sino a expresar « la verdadera *naturaleza de las cosas* », que el estadista y el jurista debían conocer para inspirar los contenidos del derecho *legal*.

Este es el motivo por el que, aun partiendo de la autonomía individual y colectiva, Ahrens condenaba toda manifestación « arbitraria » o voluntarista del derecho. No se trataba solo de prevenir que « la arbitrariedad » intentase « dominar, modelar y regir caprichosamente por medio del Derecho » las diferentes esferas de actividad, sino también, y principalmente, de recordar que el derecho no era « principio arbitrario » porque no se hallaba « instituido por el hombre » a través de su voluntad; antes al contrario, procedía del orden objetivo de relaciones humanas, cuya fisonomía y finalidad no dependían de la voluntad de los agentes, sino de una orientación impresa en la naturaleza por la propia divinidad, cognoscible por la razón y aprehensible a través del sentimiento. El derecho contaba así con una doble dimensión: era *objetivo*, en tanto emergía y se

encontraba determinado por el plexo de relaciones que había de regular, unas relaciones dirigidas por una vocación inexorable de «humanización»; y era, a su vez, *subjetivo*, pues el medio para su establecimiento temporal, acorde con el contexto y con el grado de conciencia existente acerca del orden natural, no era otro que la voluntad libre de los sujetos. Lo decisivo es que esa voluntad, lejos de concebirse como subjetivamente fundada, debía obrar en conformidad con los principios divinos de justicia para actuar el derecho. A su juicio, «el hombre» estaba así «llamado á crear por la libertad un orden moral y social á imagen de la organización establecida por Dios sólo en la naturaleza» (7).

Pese a su providencialismo, esta «teoría armónica» fue sensible al desafío de oponer un *Volksrecht* al elitista y abstracto *Juristenrecht*. Si el derecho justo es aquel espontáneamente derivado de la autodeterminación individual y de las relaciones locales autónomas y cooperativas, podría considerarse conveniente demoler todo el edificio formalista de códigos y leyes heterónomas para dar paso a la vigencia de un derecho vivo, moldeado por las propias comunidades, de cariz principalmente consuetudinario y nacido de su eficacia inmediata, es decir, de su correspondencia instantánea con las exigencias de una vida racional. Sin embargo, esta inflexión resultaba demasiado arriesgada para Ahrens. Ciertamente es que era fundamental rehabilitar la iniciativa y el poder de intervención del pueblo en la fijación de los contenidos del derecho, pero no al modo voluntarista, predicando el orden jurídico de una desordenada voluntad popular, sino como «un elemento esencial del principio y factor objetivo» del derecho, como un recurso instrumental para la «determinación del concepto de la *naturaleza de las cosas*» al que debían plegarse las normas. Y es que, a juicio de Ahrens, las revoluciones democráticas del 48 habían demostrado que «pretender erigir al pueblo [...] en fuente *inmediata*» del derecho, sin la mediación de juristas y legisladores, colocando al frente del gobierno a «hombres de pueblo» y estableciendo «tribunales meramente populares», tenía como consecuencia la destrucción «de toda organización en el orden jurídico».

(7) AHRENS, *Curso de Derecho natural*, cit., p. 113.

Francisco Giner y Gumersindo de Azcárate, dos de los traductores de Ahrens, se sentían identificados con esta filosofía jurídica fundada en la ética, apegada a las manifestaciones de la vida, opuesta al formalismo abstracto entonces prevaleciente y volcada con el ideal del mejoramiento moral de la humanidad. Encontraban en ella una visión unitaria y total de la vida y un concepto orgánico del derecho, que, contando con fundamento objetivo de raíz religiosa, necesitaba irremediablemente para su realización de la libre voluntad. Apreciaban asimismo de ella cómo superaba el abstracto individualismo racionalista y su atribución de funciones puramente negativas al derecho y al Estado. También valoraban positivamente su rechazo a la democracia popular basada en el principio de las mayorías. E igualmente secundaban el que no concentrase la potestad normativa en la institución estatal y no otorgase a la coacción un valor definitorio del derecho.

Pero no estamos ante un caso de mera importación acrítica. Para los traductores, por ejemplo, resultaba de todo punto insuficiente que Ahrens adoptase el equívoco término de « persona moral », que remitía a la tradición romanística, en la que la personalidad colectiva era un atributo concedido por la ley. Preferían el concepto de « persona social », porque, a diferencia del maestro alemán, hacían radicar su sustantividad en la existencia de una conciencia y voluntad propias. Le censuraban también ciertos resabios contractualistas, al admitir que las sociedades pudiesen fundarse por contrato, cuando del desarrollo cabal de su visión objetiva y orgánica del derecho habría de deducirse justamente lo inverso: la preexistencia de la personalidad colectiva y su derecho propio respecto de los acuerdos individuales entre sus miembros. No comprendían tampoco el motivo por el que Ahrens repudiaba sin más la ética del utilitarismo, cuando la comprensión del derecho como conjunto de condiciones prestadas para la consecución de los propios fines evocaba, por fuerza, una relación de utilidad, justamente la entablada entre los medios (o condiciones) y la finalidad satisfecha por los mismos. Y les parecía que atribuía una posición demasiado prominente al Estado oficial, cuando, en puridad, siguiendo su misma doctrina, debía hablarse de Estado para cada una de las personas que se autolegisla, comenzando por el propio individuo, en caso de contraer obligaciones consigo mismo para el cum-

plimiento de su destino natural, una posibilidad que tampoco resultaba satisfactoriamente contemplada en la *Enciclopedia* de Ahrens ⁽⁸⁾.

Fue Giner — y Alfredo Calderón — quien, en su filosofía del derecho, encontró ocasión propicia para organizar las proposiciones teórico-jurídicas del krausismo español ⁽⁹⁾, matizando y excediendo los planteamientos del propio Ahrens. Por lo pronto, el axioma sobre el que se alzaba toda su sistemática declaraba: « *Yo soy sér de Derecho* », como bien mostraban el « propósito y voluntad firme de cumplirlo » con nuestras acciones libres o el « sentimiento » de « amor a la justicia », que salta en nosotros como un resorte cuando contemplamos su conculcación.

El derecho, pues, antes que objeto externo, era para Giner — como también para Ahrens — un fenómeno interior a la propia conciencia de los hombres, accesible al conocimiento racional, pero también al sentimiento. Se expresaba en actos muy determinados: habían de ser *buenos*, por ajustarse a los fines lícitos del hombre, y contener un *servicio* libre y conscientemente prestado para contribuir a su cumplimiento, lo cual los convertía en *útiles*, ya que suministraban los medios necesarios para conseguir tal fin, y no porque, como vulgarmente se sostenía, satisficiesen « el mero interés egoísta », a despecho del « de los demás y del todo ». La ejecución de dichos actos de prestación — « buenos, útiles y libres » — formaba un enjambre de relaciones, las llamadas jurídicas, constitutivo del propio orden unitario del derecho. Se trataba de relaciones

⁽⁸⁾ Véanse las notas de los traductores a las pp. 43, 74, 83, 146, 162 y 174 de AHRENS, *Enciclopedia Jurídica*, I, cit. De tal importancia son estas anotaciones para la comprensión del krausismo español en su particularidad que cuentan con edición exenta (Madrid, Tecnos, 1965).

⁽⁹⁾ Vid. F. GINER DE LOS RÍOS y A. CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, I (1898³), en Giner, *Obras Completas*, vol. XIII, Madrid, La Lectura, 1926. Salvando las expresamente anotadas, las citas extraídas a continuación proceden de las pp. 42, 51, 65, 75, 79, 88, 90, 97-98, 102, 104, 111, 119, 131, 144-146, 170, 178-179, 203, 205, 215-216, 218, 220-221 y 242. Por extensión y detalle, es preferible emplear esta exposición a los anteriores *Principios de Derecho natural: prolegómenos de Derecho*, Madrid, Imp. Instrucción y Recreo, 1873. Además, en su *Resumen* realizó rectificaciones en relación al binomio derecho natural y positivo y al valor de la costumbre que tomaremos como referencia: advierte de estas rectificaciones J.J. GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 228-9.

formadas por dos fases sucesivas, « la pretensión y la obligación », el derecho legítimo y el deber de satisfacerlo.

Con estas convicciones, el derecho resultaba entendido como un fenómeno relacional. Igual ocurría en la exposición de Ahrens, pero lo distintivo de la construcción ginerista era el énfasis que ponía en la que denominaba « esfera inmanente » de la relación jurídica. En efecto, ésta podía desplegarse en una « esfera transitiva », entablándose, al menos, entre dos personas — una obligada a prestar el servicio y otra con la expectativa legítima de beneficiarse del mismo para cumplir sus fines —, pero también, y primeramente, debía desarrollarse en un círculo íntimo, en el que la persona entraba en obligación consigo misma.

Esa « esfera inmanente ó intransitiva » era para Giner « la primera y jamás [podía] faltar ». Resultaba decisiva en dos sentidos: en primer lugar, porque la propia persona podía ser, simultáneamente, prestadora y beneficiaria del servicio, pero también, en segundo término, porque en ese fuero interno el sujeto había de decidir, según su conciencia y en plena libertad, prestar el servicio debido a sus semejantes. Uno y otro sentido resultaban interdependientes, ya que « sin el cumplimiento de los deberes que cada hombre tiene para consigo mismo, no se concibe que cumpliera con los demás ». Su comprensión del entero sistema jurídico se fundaba, pues, en la autonomía: solo la libre determinación de las personas en el cumplimiento de sus deberes respectivos, para consigo mismas y para con el resto, podía generar de modo eficiente el derecho e instituir establemente el orden jurídico.

Esto se hacía evidente en el círculo privado individual. Se trataba de una « esfera de acción exclusivamente confiada al propio gobierno de cada persona », donde ésta organizaba de manera independiente las relaciones con sus semejantes. Concretamente esta esfera era la que, según el canon tradicional, recibía « el nombre de *autonomía*, y más exactamente el de *autarquía*, y, negativamente, el de independencia »⁽¹⁰⁾. Se caracterizaba por ser « inviolable », por marcar una frontera nítida a terceros y a los poderes públicos, los cuales, con sus leyes, solo podían reconocerla. Describía esta esfera un perímetro infran-

⁽¹⁰⁾ F. GINER DE LOS RÍOS y A. CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, II (1898³), en GINER, *Obras Completas*, vol. XIV, Madrid, La Lectura, 1926, p. 34.

queable de libertad, regido desde luego por reglas jurídicas, pues los fines marcados por la naturaleza humana eran inalterables y las condiciones para cumplirlos eran justamente las facilitadas por el derecho, pero en el que era perfectamente concebible la « injusticia », es decir, la actuación en oposición a los requerimientos de la naturaleza, cuando ésta era consentida por las propias leyes, como acontecía en el caso del abuso del derecho de propiedad, permitido legalmente pero contrario a la naturaleza inmanente de la cosa poseída y a los deberes sociales que comportaba su posesión.

La importancia concedida a este orden privado no implicaba una recaída en el voluntarismo. Como sucedía en Ahrens, para Giner el derecho no podía en rigor estimarse como « creación de la voluntad subjetiva »; por el contrario, conformaba el conjunto de condiciones que permitía la consecución de los fines humanos, y tales fines resultaban inherentes a la propia naturaleza de los hombres, procedían de la divinidad, antecedían y trascendían el arbitrio de los sujetos. Las relaciones jurídicas, por su necesaria adecuación a estas finalidades, respondían a « normas objetivas, derivadas de la naturaleza de las cosas », que componían, por tanto, un patrón al que « la voluntad y actividad humanas [tenían] que ajustarse ». La aparente paradoja estribaba en que, pese a su condición objetiva, el derecho solo podía realizarse y cumplirse mediante actos subjetivos, libres y conscientes. La aporía se solventaba sosteniendo que « la libre voluntad de la persona » ajustaría sus acciones al derecho objetivo, atemperaría « sus actos a las exigencias del mismo ». De ahí que la « objetividad » jurídica no implicase en Giner « anulación de la subjetividad » y, por ende, de « la libertad » ⁽¹¹⁾. La realización efectiva del derecho, su conversión de regla latente en norma vivida, solo podría consumarse entonces con la libre aceptación por parte de la persona de los deberes naturales. Y para ello era imprescindible no solo el conocimiento racional del derecho, sino también una adhesión emocional, una apertura espiritual a sus valores, que Giner llamaba el « *sentimiento de justicia* ». El sujeto, en suma, podía libremente incumplir los requerimientos del derecho, pero su autonomía solo se consumaba en términos jurídicos cuando reconocía,

(11) DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, cit., p. 86.

racional y amorosamente, su necesidad perentoria, y, cumpliéndolos, se realizaba a sí mismo y contribuía a la armonía del conjunto de la comunidad. O, por expresarlo con palabras de Azcárate: quien « hace en verdad lo que quiere, pero nunca quiere sino lo que debe, solo éste merece y posee realmente la *autonomía* » (12).

Esta posición preliminar, que entendía el « orden jurídico » como algo « necesario », « no meramente potestativo », estaba cargada de consecuencias. Explicaba el rechazo a cualquier fundamentación voluntarista de las instituciones del derecho privado, incluido el contrato, el cual, « lejos de descansar en la voluntad », « se halla[ba] ligado con la naturaleza real de los fines que por su medio ha[bían] de cumplirse ». Prestaba base al progresismo humanista que atraviesa la doctrina krausista: estaban convencidos sus autores de la evolución necesaria de la ciencia y la cultura, de la que brotaría un refinamiento cada vez mayor de la conciencia moral y del amor a la justicia, causa a su vez de una asunción más espontánea y extendida de los deberes objetivos inscritos en el derecho. Creían que « a medida que se eleva[ba] el nivel de la cultura general, vamos siendo más universalmente justos ». La ilustración popular en una austera ética del deber, y « no la fuerza ni la ley », sería entonces la única vía capaz de garantizar de veras una « vida jurídica » plena, de ahí que una de las causas fundamentales del krausismo, y destacadamente del propio Giner, fuese el compromiso con el progreso de las ciencias, para impulsar el cual era precisamente indispensable « favorecer la autonomía y el autogobierno científicos » (13). Por último, de este planteamiento básico procedía también una de las fuentes del típico antilegalismo krausista. Si el derecho solo se realizaba a través de los actos libres y conscientes de la persona, no cabía mantener un concepto suyo meramente « arbitrario », que lo entendiese como « fruto de la pura voluntariedad del legislador »:

(12) G. de AZCÁRATE, *El self-government y la Monarquía doctrinaria*, Madrid, Lib. San Martín, 1877, p. 119.

(13) J.M. VÁZQUEZ-ROMERO, *Sociedad, derecho y ciencia en los escritos de Giner de los Ríos*, en Pedro F. Álvarez Lázaro, José M. Vázquez Romero (eds.), *Krause, Giner y la Institución Libre de Enseñanza: nuevos estudios*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2005, pp. 107-130, p. 117.

cualquier obra legislativa solo podría considerarse derecho efectivo una vez interiorizada y asimilada por las personas a las que se dirigía.

La relevancia fundamental de la esfera autárquica no hacía del krausismo otra teoría jurídica más del individualismo posesivo. La sociedad no se conformaba solo de mónadas aisladas. Atravesando y trascendiendo los círculos personales independientes, se extendía toda una malla de « relaciones íntimas », que vinculaban « solidariamente » a los hombres, en las que regía la lógica de « *mutuo auxilio* y asistencia recíproca » (14), también aquí para la consecución de los fines propios de la naturaleza humana. La afirmación de un « deber general » de la « cooperación » se debía al hecho incontrovertible de que solo con « auxilio ajeno » cabe satisfacer los « fines propios ». Como actos jurídicos, también los guiados por la cooperación habían de ser voluntarios y espontáneos, nacidos de la conciencia libre de su necesidad para cumplir el objetivo de una vida racional. Arrancaban, pues, de la autodeterminación individual, pero, en la medida en que procuraban los medios indispensables para una existencia digna, posibilitaban también la independencia de los sujetos. En cualquiera de los casos, la realización del derecho se asociaba a una sobria vocación de servicio hacia los demás, pues solo de la asunción consciente y libre de los propios deberes, y de las acciones adoptadas en su consecuencia, podía proceder la actuación del orden jurídico.

Aun introduciendo este aspecto cooperativo e intrapersonal, el principio y el fin del discurso de Giner continuaba siendo la autonomía del sujeto y su propia realización en un sentido humanista. Dicha realización requería el cumplimiento de numerosos fines particulares. La variedad de los mismos expresaba el carácter polifacético del hombre. Y siendo el organismo social el producto de sus relaciones, esta diversidad no podía sino verse plasmada en él. La sociedad, desde la perspectiva del krausismo, era así marcadamente pluralista. Se conformaba de esferas vitales, decantadas por la historia y el tráfico, orientadas hacia la satisfacción de un fin preciso y organizadas de forma autónoma. Siendo el derecho aquella relación condicional de suministro de medios para cumplimiento de

(14) GINER DE LOS RÍOS y CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, II, cit., p. 34.

finés, su presencia resultaba indispensable en todos estos círculos vitales, de la familia, el municipio o la nación a las « corporaciones industriales » o las entidades « religiosas ». Era este otro aspecto crucial de la autonomía en el sistema de Giner: no solo el derecho nacía la autodeterminación individual, no solo la cooperación canalizada por el mismo garantizaba la independencia, también las esferas sociales en que se desenvolvían los individuos eran autónomas, pues contaban con su « propio orden de condiciones » para la consecución de su fin privativo.

Entraba aquí en juego un concepto capital en la teoría de la sociedad de los krausistas: el de « persona social ». Al atribuir a este tipo de personas una conciencia y una voluntad propias, se predicaba de ellas idénticas características que las distintivas de las personas individuales. No es casual, de hecho, que Giner — y el resto de krausistas — esquivasen la utilización del término individuo para referirse al sujeto de la relación jurídica ⁽¹⁵⁾. La preferencia por el concepto de « persona » permitía, en efecto, atribuir las mismas facultades a sujetos individuales y colectivos. Con ello se verificaba toda una reinvencción de la distinción antigua entre individuo y persona, que consideraba al primero como irrelevante para el derecho y a esta última como el hombre en posesión de un determinado estado — estatus ⁽¹⁶⁾. La distinción no partía ya de una negación del valor jurídico universal del individuo, pero, acogiéndose a la definición premoderna, prefería denominársele persona, entendiendo como tal el ser dotado de razón. Esto no implicaba que el hombre de carne y hueso, como sujeto unitario con conciencia y voluntad, no fuese para el krausismo la unidad mínima indivisible de la sociedad política, el centro de imputación por sí solo de derechos y deberes y — según explicaremos — portador en sí mismo de « dignidad ». Sin embargo, capacidad para autodeterminarse no tenía solamente el

⁽¹⁵⁾ Para una exposición de las ideas de persona y personalidad en Giner, v. José M^a ROMERO HERNANDO, *El pensamiento filosófico de don Francisco Giner de los Ríos*, Burgos, Gran Vía, 2010, pp. 218-310.

⁽¹⁶⁾ B. CLAVERO, *Tantas personas como estados: por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986, y *La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho*, « Quaderni Fiorentini », 39 (2010), pp. 7-40.

individuo biológico, sino también ciertos colectivos, y el mejor modo de abarcarlos como sujetos de las relaciones jurídicas era recurrir al término de persona.

Remitía a su vez este concepto a la propia idea de « personalidad », base, como se verá, para elaborar una teoría de los derechos. Baste ahora referir que la personalidad, para Giner, se asociaba estrechamente a la propia autonomía, esto es, « el ser para sí, el ser dueño o tener la plena posesión de sí mismo », de lo que derivaba « la facultad de determinarse a obrar por sí ». Cuando dicha capacidad, que requería conciencia y libertad, se aplicaba a una relación jurídica (esto es, como bien sabemos: de prestación de medios — a uno mismo o a los demás — para el cumplimiento de fines humanos) entonces la persona actuaba en términos jurídicos, podía, en suma, considerarse como « persona *jurídica* », y en tal calidad podía estimarse tanto la individual como la social. Ambas, pues, quedaban equiparadas en la teoría krausista en lo que hace a su capacidad para autolegislar, desde la propia « esfera inmanente » hasta la « esfera transitiva », en caso de que entrasen en relación con otras personas (individuales o sociales).

En un acto de « ruptura con el liberalismo clásico »⁽¹⁷⁾, esta diferenciación básica entre « individuo » y « persona », y la concepción de la persona como entidad jurídica de consistencia propia, hacían posible, no solo afirmar que « varios individuos » podían justamente formar « una sola persona: *la persona social* », sino también sostener, con resonancia premoderna, que un solo individuo podía comprender varias personas, tantas como relaciones desplegase en el interior de los diferentes círculos vitales, de la familia o la corporación profesional a la nación. Sin renunciar al individualismo, se recuperaba así el rico pluralismo de tiempos precedentes, anticipando los principios y las consecuencias de las doctrinas pluralistas de inicios del siglo XX (v. gr. la de Harold Laski).

Entre dichas consecuencias cabe mencionar ahora la limitación

(17) G. CAPELLÁN DE MIGUEL, *De la Filosofía del Derecho a la Ciencia Política. Una aportación fundamental — y olvidada — del krausoinstitucionismo español*, en Manuel Suárez Cortina (ed.), *Libertad, armonía y tolerancia. La cultura institucionista en la España contemporánea*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 153-209, p. 182.

esencial del poder público central. Los círculos de autonomía, individual y colectiva, describían esferas inviolables para los poderes oficiales, que habían de inspirar sus medidas en la fisonomía que aquellas, de forma espontánea, habían ido adquiriendo. Como se insistirá después, que el Estado pudiese estar presente en todas las órbitas de actividad, no podía implicar su expansión más allá de la estricta realización y conservación del derecho, su función específica, como tampoco autorizaba que absorbiese, centralizando, las facultades propias de los diferentes y autónomos órdenes de vida. Por otro lado, basar el derecho en la autonomía de la persona implicaba también una negación, por principio, de la intervención estructural del Estado en el orden económico y en la llamada « cuestión social » (18). Aunque de manera tutelar, transitoria y como recurso de última instancia, la propia persona jurídica del Estado pudiera ser la obligada a prestar los medios de auxilio necesarios para garantizar la asistencia a los desvalidos, esta « protección y tutela » no debía en ningún caso suplantar la obra de los propios individuos y de sus organizaciones espontáneas (19). En su respectiva actuación, movida libremente por el deber de auxiliar al semejante para conquistar mayores grados de humanización, radicaba el único y verdadero instrumento para extirpar de forma duradera la iniquidad económica y social, imposible de atajar, desde un punto de vista humanista, con la « acción del Estado oficial », capaz tan solo de una « beneficencia externa, sin caridad ni amor » (20).

Con los presupuestos que ya hemos explicitado se intuye un sistema teórico peculiar, que encontraría desarrollos particulariza-

(18) J.I. PALACIO MORENA, *La Institución Libre de Enseñanza y la reforma social*, en Suárez Cortina (ed.), *Libertad, armonía y tolerancia*, cit., pp. 281-307.

(19) Sobre los límites trazados al poder central, y en relación a la necesaria iniciativa individual y corporativa para mejorar la sociedad, en lugar de la habitual « disposición a esperar todo del Estado », interesa el capítulo « Despotismo de Estado », de J. LÓPEZ MORILLAS, *Racionalismo pragmático. El pensamiento de Francisco Giner de los Ríos*, Madrid, Alianza, 1988, pp. 105-116.

(20) GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del derecho*, II, cit., p. 37. Elías Díaz señala con acierto que se defiende aquí, « muy fundamentalmente, el intervencionismo de toda la sociedad » como mejor vía para « corregir la libre competencia »: *La filosofía social del krausismo español*, cit., p. 212.

dos en las diferentes ramas de la enciclopedia jurídica y por obra de varios juristas de la época. No es posible atender con la extensión debida a todas estas implicaciones, pero, al menos, algunas pueden quedar señaladas.

Los fundamentos teóricos vistos llevaban en muy primer término a un replanteamiento de la doctrina convencional, hija del liberalismo revolucionario, sobre las fuentes del derecho. Con el krausismo y su colocación del origen del derecho en los actos libres y conscientes de las personas, movidos por el conocimiento y el sentimiento, la ley del Estado pasaba a ocupar un lugar mucho menos prominente. En compensación, tendía a destacarse la costumbre como fuente de autolegislación de la persona social. La propia costumbre resultaba definida como « ley », por ser « norma de conducta observada en las relaciones ordinarias de la vida por los pueblos ó individuos, sin conciencia inmediata del principio mismo rector de sus obras »; y su carácter jurídico — a diferencia de otras costumbres, como la religiosa — procedía del hecho de regular precisamente « las relaciones libres entre los hombres » (21).

Como sustento teórico de la primacía del derecho consuetudinario, y en desarrollo de los postulados « racional-armónicos » del krausismo, Joaquín Costa elaboró una sofisticada teoría del « hecho jurídico ». Se distinguía entre aquel hecho que realizaba el « derecho positivo », en aplicación de una regla jurídica preexistente, y aquel otro que exteriorizaba por vez primera el « derecho esencial », « inmanente en la conciencia », fundando con ello una costumbre. En cualquiera de los dos casos, la causa eficiente era la resolución individual de adecuar la propia conducta a la regla jurídica preexistente o a la obtenida mediante interpretación del derecho natural: « el actor ha[bía] de erigirse en legislador, ha[bía] de dar[se] la regla, *ley individual*, á su actividad », asimilando como propia la norma « positiva » o la « eterna ». Esto llevaba a situar el origen del derecho realmente aplicado en la conciencia autónoma de las personas, pero también a otorgar primacía al derecho « natural » o « absoluto », pues concreción del mismo eran « los principios de

(21) J. COSTA, *Ensayo sobre el derecho consuetudinario. La vida del derecho*, Madrid, Suc. de Rivadeneyra, 1876, pp. 16-17, y *Naturaleza de la costumbre jurídica*, « Boletín de la Institución Libre de Enseñanza », VIII (1884), p. 5 y ss.

razon » que llevaban al sujeto a adherirse a las reglas jurídicas (22). Por eso, de estos postulados también se deducía una equiparación sustancial entre ley y costumbre, no solo porque ambas requiriesen del consentimiento personal para su realización, sino también porque ambas eran « expresiones diversas de un mismo objeto: de un principio de conducta », de carácter objetivo y natural, apropiado para regir en un determinado « orden de relaciones » (23). La peculiaridad de la idea krausista de la costumbre jurídica residía en que no la concebían como un acto nacido de una voluntad individual aislada, después repetida por sus congéneres, sino como el derecho que a sí misma se daba una persona social, originado en actos de un miembro suyo que la *representaba* (que actuaba en su nombre), después aceptados y asimilados por el propio colectivo como condición necesaria para satisfacer sus fines privativos (24). De este planteamiento se derivaba además una defensa abierta de la costumbre *contra legem* y *extra legem*.

También resultaba revisado el estatuto de la coacción, que en ningún caso podía considerarse factor definitorio del derecho. Si la relación jurídica se componía de actos de servicio enderezados a satisfacer pretensiones legítimas, dichos actos solo podían revestir condición jurídica cuando eran libre y conscientemente realizados. La coacción ejercida por los poderes públicos podía hacer acto de presencia, obligando al sujeto a la prestación, pero, en ese caso, no era el sujeto el que realizaba el derecho, otorgándole vida efectiva; antes bien, era la propia persona del Estado la que, cumpliendo con sus deberes, garantizaba el auxilio. Pero para que el derecho fuese tal, es decir, derecho vivido, asimilado, necesitaba por fuerza ser un acto de soberanía personal.

La dualidad entre las normas oficiales y este derecho vivo, entre el ordenamiento jurídico y las leyes estatales, salta a la vista. Iba más allá de la contraposición entre la ley y la costumbre. También entraban en consideración otras fuentes tradicionales, como la equi-

(22) J. COSTA, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, Imp. Revista de Legislación, 1880, pp. 5-7. Vid. GIL CREMADES, *El reformismo español*, cit., pp. 241-51.

(23) GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del derecho*, I, cit., pp. 250-1 y 256.

(24) Nota de los traductores a la p. 113 de la *Enciclopedia jurídica*, I, de Ahrens, ya citada.

dad o el arbitrio judicial, entendidas en esta corriente doctrinal como vías de corrección de la inflexibilidad de las leyes en pro de un cumplimiento más satisfactorio del derecho (objetivo) ⁽²⁵⁾, o, en el caso del arbitrio, como un modo de interpretarlas «acogiendo las tendencias del *derecho en formación* en la conciencia popular y en las relaciones sociales» ⁽²⁶⁾. También derivaba de este dualismo la problemática, sumamente relevante, de la ignorancia del derecho. Si derecho solo era el asimilado con espontaneidad por las personas, si la propia eficacia del mismo se basaba en el acto libre y consciente que lo aceptaba como deber y lo cumplía, la exigencia del acatamiento de las leyes aun mediando su ignorancia, circunstancia muy frecuente en una población de mayoría localista y analfabeta, solo podía considerarse como opuesta frontalmente a los valores jurídicos más elementales ⁽²⁷⁾.

Con estos planteamientos el krausismo se separaba de las doctrinas iusfilosóficas dominantes. Ante todo, de la que, procedente de la ilustración racionalista, concebía el «Derecho como un orden exterior, social, garantido por los Poderes públicos mediante la legislación y la coacción». Al considerar el fuero interno de la conciencia del sujeto como «de la exclusiva competencia de la moral», esta corriente reducía el derecho, según Giner, a un «mecanismo abstracto» y heterónomo, despojado de «todo su sentido ético», pues desconocía que el derecho solo es tal en la medida en que se vive. Frente a esta tendencia, el krausismo pretendía «rehabilitar el valor interno del Derecho, mostrando la ineficacia de toda sanción que no sea la de la propia conciencia del sér jurídico».

El krausismo se distanciaba asimismo del derecho natural escolástico. Y lo hacía por introducir sin vacilaciones la historicidad del derecho vivido. Formando éste el organismo de condiciones

⁽²⁵⁾ GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del derecho*, I, cit., p. 90.

⁽²⁶⁾ M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, «Quaderni Fiorentini», 40 (2011), pp. 721-745, p. 724, en una afirmación sobre la «interpretación evolutiva» del derecho aplicable a nuestro caso.

⁽²⁷⁾ «[L]a inmensa mayoría del país vive fuera de la ley positiva, lo mismo que si tal ley no existiera», recordaba Joaquín Costa en *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Barcelona, Soler, s. f., p. 21.

necesarias para la realización de los fines humanos, había de tenerse en cuenta que, mientras que los fines eran permanentes, las condiciones que permitían su paulatina consecución tenían que adaptarse a las cambiantes circunstancias históricas. De ahí que el derecho se hallase en « perpetua e incesante variación »: « la adaptación flexible de la conducta natural de individuos y sociedades [...] a las diversas situaciones de su vida » era el motor que impulsaba ese cambio constante. Así es: para Giner, el hecho de que « la evolución efectiva del Derecho » se produjese « mediante el sujeto » y sus acciones libres era lo que originaba « su variedad histórica ». Por eso le resultaba inaceptable la idea de un « derecho ideal, eterno, general, absoluto », superior a cualquier determinación humana y contrapuesto incluso al derecho que los individuos y comunidades fuesen otorgándose. En definitiva, no cabía a su parecer la dualidad entre « derecho natural y derecho positivo » tan invocada por los neocatólicos, porque ambos, el derecho que se daban los hombres y el adecuado a la naturaleza de sus relaciones y sus fines, eran conceptualmente el mismo, aunque pudiese existir una legislación estatal que sí entrase en contradicción con este derecho objetivo.

El contraste con estas dos teorías muestra cómo el krausismo, inscribiéndose en la constelación ilustrada, pretendía rectificarla, con moderación y eclecticismo. Se quería plantear una « alternativa al racionalismo abstracto », pero también al tradicionalismo reaccionario, introduciendo « la dimensión histórica de la existencia » y aportando una « moral » adaptada a la « sociedad moderna », sin incurrir por ello ni en el positivismo materialista, ajeno a todo sentido religioso, ni en el « individualismo radical y atomizador ». La cuestión es que esa « *rectificación de la propia Ilustración* », cuando se tornaba intensa, hacía recaer el discurso krausista del lado romántico, con sus intermitentes derivas hacia el « historicismo », el « organicismo » e incluso el « misticismo » (28).

Diríase, pues, que podríamos estar ante una representación tradicionalista del espacio jurídico-político basada en la oposición binaria entre una sociedad natural ontológicamente armónica, com-

(28) Formula estas perspicaces consideraciones conclusivas Mariano Maresca, en su valiosa *Hipótesis sobre Clarín. El pensamiento crítico del reformismo español*, Diputación Provincial de Granada, 1985, pp. 285-8.

puesta de individuos y colectivos, y autónomamente instituida y desenvuelta, y un Estado artificial, mecánico, inexorablemente proclive a violentar su fisonomía con mandatos imperativos. La cuestión, sin embargo, es más compleja, y tal complejidad se plasma de modo inequívoco en lo que podríamos denominar como la teoría del Estado propia del krausismo, ya delineada con claridad por el propio Giner, representada con particular maestría y pragmatismo por Leopoldo Alas y desarrollada con precisión por el constitucionalista del grupo, Adolfo Posada.

2. *Teoría del Estado, derechos de la personalidad y soberanía nacional.*

En este particular se aprecian las distancias marcadas por Giner y Azcárate respecto de los planteamientos de Ahrens. Mientras éste describía el Estado como «orden de instituciones [...] enlazadas por medio de un poder común», sus traductores españoles indicaban que se trataba de una definición «incompleta». Para ellos existía un Estado dondequiera que hubiese un «orden jurídico», y ya sabemos que éste se daba cuando una persona, en el marco de una relación consigo misma o con terceros, se disponía a cumplir sus «obligaciones interiores jurídicas». Esto implicaba que el Estado no debía confundirse con un orden institucional externo, ni con un poder concentrado heterónomo. Por el contrario, la definición exacta de Estado, en el marco del sistema teórico krausista, venía a coincidir con la de la propia persona, individual o colectiva, «en su función de prestarse á sí misma y, en caso de ser social, á sus miembros (interiormente) las condiciones jurídicas de su vida»⁽²⁹⁾.

De modo que por Estado había de entenderse la misma persona en el acto de cumplir el derecho, de acogerlo y realizarlo en la praxis. Se concebía entonces como «un orden teleológico», determinado por la finalidad jurídica a la que había de servir, lo cual, en el planteamiento de Giner, equivalía a considerarlo como «el

(29) AHRENS, *Enciclopedia jurídica*, cit., p. 142, con la correspondiente nota de los traductores.

órgano social de la justicia »⁽³⁰⁾. Al equiparar Estado y persona, esta convicción no podía menos que activar todo tipo de prevenciones frente al concepto convencional que lo asimilaba a la « organización del Estado nacional ». El Estado no era otra cosa que la « persona en su función jurídica », esto es, en el cumplimiento de los deberes necesarios para la satisfacción de los fines, « propios y ajenos »⁽³¹⁾. Esta acepción, aparentemente sencilla, estaba cargada de implicaciones. En primer lugar, no cabía confundir los conceptos de « persona » y de « sujeto de Derecho »⁽³²⁾; mientras la primera exigía « conciencia y voluntad », capacidad para autogobernarse, el segundo podía carecer de ellas y, sin embargo, contar con pretensiones legítimas respecto de los demás para satisfacer fines humanos, como ocurría con el niño o el demente. En segundo término, la identificación del Estado con la persona excluía su habitual asimilación a un « orden de autoridad, supremacía y poder », de ahí que la doctrina krausista, ligando la esencia del Estado a la idea de « obligación y servicio al fin racional de la vida », sirviese como útil preventivo frente a las « funestas consecuencias prácticas » de otras doctrinas, como la del « *salus populi* » o cualquier otra de inclinación autoritaria. Igual vocación garantista se detecta, en tercer lugar, en la restricción de la órbita propia del Estado, que se ceñía en exclusiva a la función jurídica, cayendo fuera de su radio el resto de funciones (religiosas, artísticas, económicas...) que también desarrollaban las personas, por más que todas ellas contasen, a su vez, con una necesaria dimensión jurídica (de prestación de condiciones necesarias para cumplimiento de fines específicos)⁽³³⁾. Y si al hablar de Estado se hacía referencia al de la persona social de mayor complejidad y perfección interna, la sociedad política o nación, las

(30) Y es que, como sabemos, « afianzar el imperio de la justicia » e instituir « el derecho » eran dos funciones idénticas en el sistema de F. GINER, *El individuo y el Estado* (1880), en ID., *La persona social. Escritos y fragmentos* (1899), II, *Obras Completas*, IX, Madrid, Espasa-Calpe, 1924, pp. 2-70, pp. 27, 29 y 34.

(31) GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, I, cit., pp. 101, 111, 131, y F. GINER, *El Estado de la persona social* (1890), en *La persona social. Escritos y fragmentos* (1899), I, *Obras completas*, VIII, Madrid, Espasa-Calpe, 1923, pp. 243-299.

(32) F. GINER, *El sujeto, la persona y el Estado en el Derecho*, « Boletín de la Institución Libre de Enseñanza », VIII (1884), p. 148 e ss.

(33) GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, II, cit., pp. 155-158.

precauciones antevistas impedían confrontar Estado y sociedad, pues aquél no era más que esta misma en su función jurídica, aunque tal función tuviese un alcance « total », al afectar a todas sus esferas particulares.

Como puede apreciarse, el concepto krausista del Estado descansaba por entero sobre la autonomía personal. Esta conexión la explicitó de forma emblemática Leopoldo Alas, en su célebre prólogo a la versión castellana de *Der Kampf ums Recht*, de Rudolf von Jhering⁽³⁴⁾. Aprovechando la presentación de las « verdades dilucidadas por Jhering » se propuso en esas pocas páginas exponer « otras cuyo conocimiento » juzgaba « de suma importancia » para el país. Dirigiendo su manifiesto, sobre todo, a los partidos liberales y demócratas-federales, Alas tenía la vista puesta en una « actualidad » caracterizada, en su lado jurídico, porque « el derecho » era « ajeno en realidad a la vida del pueblo », « se cultiva[ba] principalmente en su idea », resultaba « demasiado escolástico y curialesco » como para arraigar en una efectiva « vida jurídica popular » y, en suma, no se aparecía a los hombres como « realidad inmediata ». La única forma de combatir esta situación — de luchar por el derecho — era promover las condiciones para que su necesidad perentoria fuese *sentida* en la conciencia, requisito indispensable « para que la voluntad se [moviese] a *quererlo* ».

El problema no era menor. Implicaba el padecimiento como fatalidad del « derecho formal » sancionado por los poderes oficiales, lo que llevaba a un adormecimiento del sentimiento jurídico y a la consiguiente aceptación pasiva de las « injusticias » que aquel portaba. A juicio de Alas, en el derecho de « autonomía » se concentraban todas las pruebas de lo que denunciaba: el « abandono en que yacía » esta « garantía capital » era señal inequívoca de « la ausencia de la vocación jurídica » en el país, al tiempo que su « consagración » era « el único medio para despertar » aquel sentimiento jurídico y « a vezar a los pueblos a la lucha por el derecho ».

(34) L. ALAS, *Prólogo*, de R. v. Jhering, *La lucha por el derecho* (1881), Madrid, Doncel, 1976, pp. 11-13, 15, 29-30, 33 y 35-36. La cita destacada procede de p. 36. Véase el análisis de L. M. LLOREDO ALIX, 'La lucha por el derecho' *como imperativo ético y político*. *Glosas a Rudolf v. Jhering*, « Revista telemática de Filosofía del Derecho », 15 (2012), pp. 231-258, p. 241 y ss.

¿Pero qué era, entonces, ese « derecho autonómico »? No, desde luego, lo que sostenían los liberales más extremos y « anticuados », para quienes no había más « autonomía que la individual »; para ellos, todo el derecho pertenecía al individuo, por lo que al Estado solo competía ofrecer las « seguridades » necesarias para garantizar esa inmunidad particular. Ahora bien, en este concepto de autonomía estaba grabada la tendencia a disolver la colectividad; con él, creía Alas, se hacía « imposible toda sociedad jurídica ». Por eso planteaba una alternativa, la propia del krausismo, que consistía precisamente en ligar la autonomía a la idea de Estado, haciendo de éste un atributo de toda personalidad:

la autonomía no dice, en general, más que esto: ley de sí mismo; es decir, poder jurídico en cada persona del derecho propio; no dice que esa persona sea individual, se refiere a toda persona jurídica que pueda tener su *Estado*. Así, el individuo podrá decir con justicia: mi Estado soy yo... pero también lo puede decir el *Estado* [...] sólo reconociendo en cada *Estado* su autonomía, esto es, en cada persona de derecho su Estado, se puede fundar en justicia esta doctrina del derecho autonómico, sin que en nada se lastime el derecho individual.

Todo sujeto, individual o colectivo, con propia conciencia y voluntad, podía definirse como Estado en cuanto cumplía su función jurídica, en tanto que satisfacía los deberes naturales impresos en las relaciones que entablaba consigo mismo y con los demás. Pero, para que ese cumplimiento fuese real, y con ello el derecho pasase a constituir un hecho vivo, los sujetos, desde el individuo hasta la nación, habían de considerarse autónomos, o mejor dicho, debían tener pulcramente garantizada su autonomía, algo que para Alas no sucedía ni en España ni en la mayoría de los países europeos.

El programa político del krausismo se centraba en combatir por ello, principalmente con los medios de la ciencia y la cultura. En este orden doctrinal se colocaba asimismo la elaboración más acabada de esta teoría heterodoxa del Estado. Su autor, Adolfo G. Posada, estaba llamado a ser el constitucionalista más destacado del primer tercio del siglo xx en España. Desde la primera edición de su influyente tratado invirtió buena parte de sus esfuerzos en clarificar el peculiar concepto que los krausistas mantenían del Estado, ya entreverado, en su caso, de giros positivistas, evolucionistas y orga-

nicistas ⁽³⁵⁾. El punto de partida continuaba siendo el de los actos voluntarios de prestación para el cumplimiento de fines racionales. En esta concesión, como sabemos, consistía la misma realización del derecho. Su agente era la persona; la cual debía prestar su consentimiento, libre y consciente, para realizar de modo efectivo la regla jurídica. ¿Dónde encajaba aquí la noción de Estado? Entendiendo que la persona era una suerte de organismo, el Estado podía entonces concebirse como « el *órgano* (*instrumento vivo* en sí mismo) » destinado precisamente a realizar esa función concreta, la « jurídica », la de cumplir los deberes naturales necesarios para la ordenación armónica de la vida en sociedad.

El Estado era entonces un aspecto fundamental de la persona, justo el encargado de dirigir su acción jurídica. Solo podía predicarse de la persona porque solo ella tenía « capacidad racional » de « verdadera autodirección » ⁽³⁶⁾. Para que este órgano pudiese cumplir correctamente su misión requería, pues, de libre autodeterminación. Y si su objetivo era el de ordenar la acción de la persona con el fin de realizar el derecho, entonces no cabía hablar de Estado sin derecho, de Estado como pura expresión de fuerza institucionalizada. Se llegaba así a una muy singular formulación del Estado de derecho: « donde no hay derecho, no hay Estado », ni podía haberlo, pues el derecho, en sentido estricto, antecedía y trascendía al Estado, cuya labor consistía precisamente en posibilitar su realización, por lo que debía definirse, en general, como una institución u órgano « *para el* [cumplimiento del] *derecho* ».

Institución que era, por tanto, inherente y propia de la persona, no un poder exterior y heterónomo con respecto a ella. El Estado no producía el derecho que después la persona aplicaba o cumplía. No existía, en rigor, disociación entre ambos extremos, sino identi-

⁽³⁵⁾ Para lo que sigue, v. A. POSADA, *Tratado de Derecho político*, I, *Teoría del Estado*, Madrid, Victoriano Suárez, 1893, pp. 29, 34, 47, 49-50, 56-57, 69, 77-82, 86, 203-204, 234-237 y 276-283. Como siempre, las citas literales de otras obras tendrán anotada puntualmente su procedencia al pie. Un balance útil sobre la penetración del positivismo sociológico en el krausismo lo proporciona G. CAPELLÁN DE MIGUEL, *La España armónica. El proyecto del krausismo español para una sociedad en conflicto*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, pp. 223-235.

⁽³⁶⁾ J.F. LORCA NAVARRETE, *El Derecho en Adolfo Posada*, Universidad de Granada, 1971, p. 49 y ss.

dad: era la persona, «ordenándose y desenvolviéndose jurídicamente», es decir, prestando de forma autónoma los servicios requeridos por el orden objetivo de las relaciones humanas, lo que constituía el «verdadero Estado». Esto conducía a aseverar que toda persona, individual y colectiva, constituía, en su aspecto jurídico, un Estado, por lo que cabía hablar tanto del «Estado de la persona individual» como «del Estado de la nación», así como «del Estado del municipio ó de la ciudad».

En este punto, Posada introducía varias distinciones de calado. El Estado, siendo como era institución para el derecho, debía apellidarse como «jurídico». Ese «Estado jurídico» estaba presente, como se ha visto, tanto en las personas «individuales ó físicas» como en las «sociales ó colectivas». En todo caso, según se sabe, presuponía la autodeterminación, la libertad consciente de la persona en la que actuaba. La autonomía quedaba así ligada al Estado como preconditionación suya. Sin garantía efectiva de la autonomía personal, el Estado era inconcebible. El alcance de la actividad estatal, sin embargo, dependía de la persona en la que operaba. Para detectar las diferencias convenía distinguir, ya dentro de las personas sociales, entre las «especiales» y las «totales». Las primeras venían constituidas por aquellas esferas sociales espontáneamente instituidas con el objetivo de satisfacer un fin particular (p. ej., el religioso o el económico). En estos casos, «el *Estado* [era] mera condición», no «aspecto final directamente»: su presencia resultaba indispensable en tanto que órgano de realización del derecho, solo para regular formalmente las relaciones y actividades internas. El caso típico era la Iglesia, que, enderezada hacia un fin no jurídico, el religioso, necesitaba de un derecho, el canónico, para ordenarse internamente con el objeto de cumplir de forma satisfactoria su propia finalidad. Las otras personas sociales, las llamadas totales, sí que tenían el derecho como aspecto fundamental. En su interior se desenvolvían todo tipo de acciones y relaciones humanas libres, dirigidas a la satisfacción de toda clase de fines, a través de su organización en diferentes círculos de vida, por lo que era de importancia crucial la armonización de esa concurrida pluralidad, su «dirección determinada», para que la consecución de sus respectivos propósitos fuese viable. En ese caso, que era el propio de la ciudad, la nación y la propia Humanidad, el derecho aparecía

dotado de un valor central. Aquí el Estado no era ya mera condición para el cumplimiento de un fin privativo, sino un elemento esencial para la garantía del cumplimiento de todos los fines particulares a través de su coordinación.

En este sentido concreto, Posada prefería hablar ya de « Estado político », el propio de las « sociedades políticas »: la familia, el municipio, las « sociedades *regionales* » y la « hoy por hoy más definitiva », la « sociedad *política* por excelencia », esto es, la « nación ». La clave está en que a estas personas sociales « totales » se les aplicaba idéntico razonamiento que a la « persona individual ». Considerarlas como Estados significaba reconocerles una « función autónoma » intransferible, la de « vivir *su derecho* », es decir, un derecho elaborado por ellas mismas, para lo que era indispensable pensar « á sus miembros interesados en su continua determinación ». Se aprecia cómo, partiendo de un concepto deliberadamente extenso de la autonomía subjetiva, predicándola como atributo de la persona, e identificando a ésta, en tanto que creadora de su propio derecho, con el Estado, se iba llegando a una legitimación de la autonomía colectiva y de los derechos de participación.

La teoría krausista del Estado se pensaba como antídoto frente a cualquier forma de patrimonialización del poder. Identificar el Estado con la propia persona social prevenía su confusión con el « Gobierno ». En las sociedades políticas, su órgano estatal, encargado de declarar y realizar el derecho, podía « constituirse específicamente con su gobierno », entramado institucional que representaría a la persona social en su conjunto llevando a cabo las actividades propias del Estado, pero que en ningún caso podría considerarse el Estado mismo, ya que éste, como se sabe, no era otra cosa que la misma colectividad en el ejercicio de su « función jurídica ».

Entraba aquí en juego un concepto también capital en la sistemática krausista, el de « representación », ya elaborado por Giner en su filosofía ⁽³⁷⁾. El principio que justificaba su necesidad era la imposibilidad, por parte del sujeto, de hacerse cargo por sí solo de todas las actividades que interesaban al cumplimiento de sus fines. Para remediar esta insuficiencia debía recurrirse a la represen-

(37) GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del derecho*, I, cit., pp. 136-138.

tación, por medio de la cual « una persona, que posee plena facultad de obrar, se subroga en lugar de otra, más o menos imposibilitada, para verificar en su nombre los actos » conducentes a la consecución de sus fines naturales. La cuestión es que una de las personas signadas por esa incapacidad de obrar, y necesitada, por tanto, de suplencia representativa, era precisamente la « social ». De hecho, en su opinión, resultaba forzoso reconocer que el Estado era « por su propia naturaleza » un « orden *representativo* », ya que venía a actuar en nombre de la persona realizando su particular función jurídica. Y esta particularidad solo podía agudizarse en los casos de las sociedades políticas. Ahora bien, la fina sensibilidad krausista frente a todo lo que pudiese dar pie al abuso del poder introducía matizaciones decisivas. No cabía, en primer término, figurarse en la colectividad una representación concentrada en un solo entramado institucional. En puridad, en la medida en que realizaba actos para cumplir fines que interesaban a « la sociedad entera », cualquier hombre, « al consagrarse a un fin », estaba obrando « en nombre y función de ella », es decir, en calidad de « órgano y representante suyo ». Además de no haber absorción de todas las funciones representativas en unos pocos, tampoco cabía disociación real entre representante y representado, visto que el « fundamento de la posibilidad de la representación » no era otro que el de la igualdad natural, « la comunidad de naturaleza de las personas como seres de Derecho ». Solo esta identidad radical, basada en la condición humana, autorizaba que alguien pudiese actuar en nombre de otro; y conjuraba asimismo toda tentación de separación, y superposición, del representante respecto de sus representados, separación, de todos modos, ya expulsada del planteamiento krausista por el hecho de que la norma aprobada por el representante requería, para su real efectividad, su asunción voluntaria por parte del representado, « la autodeterminación ética del sujeto individual » destinatario de la misma ⁽³⁸⁾.

Con esta teoría de la representación se hacía ilegítima toda

⁽³⁸⁾ Véase la completa presentación de la teoría jurídico-política de Giner suscrita por J.M. VÁZQUEZ-ROMERO, *Dos en uno: el concepto de estado individual krausista y su relevancia biopolítica*, en ID. (coord.), *Francisco Giner de los Ríos: actualidad de un pensador krausista*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 27-82, p. 41.

identificación del Estado con el Gobierno. Podían existir intervenciones del Estado que, desarrolladas en su propia órbita, consiguiesen modificar la fisonomía de la sociedad política. Pero cuando esto acontecía, no se contemplaba más que a la propia persona social actuando sobre sí misma en un sentido transformador, esto es, al legislador llevando a sus disposiciones los anhelos de la generalidad. El dilema se daba cuando se rompía este círculo de identidad entre la sociedad y su órgano de realización del derecho, el Estado, colocándose éste en una posición de supremacía exterior, desde la cual, mediante la fuerza gubernamental, lograba moldear a su antojo la distribución y carácter de la sociedad sobre la que operaba. Pero en ese caso, según la advertencia de Posada, no estaríamos frente a « *verdaderos Estados* », sino ante puros « *Gobiernos de fuerza* », carentes de « *condición jurídica* », por no vivir la colectividad « espontáneamente el derecho ».

La teoría del Estado del krausismo, de resuelta condición « sociocéntrica » ⁽³⁹⁾, se fundaba así en la plena identidad entre la sociedad y el Estado, o, mejor, en la consideración de éste como una dimensión interna de la propia sociedad. Como veremos a continuación, en « la unión » entre ambos polos, dramáticamente separados por el « absolutismo » y las « revoluciones liberales », radicaba « el secreto del *self-government* » ⁽⁴⁰⁾, del autogobierno, de la plena autonomía social. Ahora deben indicarse someramente algunas consecuencias de este postulado. Una muy evidente, especular respecto de su visión de la naturaleza del derecho, era el rechazo krausista a la concepción del Estado como institución monopolizadora de la violencia legítima. Ya se sabe que la noción de Estado excedía, con mucho, la del Estado de la sociedad política, pero ni ciñéndonos a éste podríamos considerar la coerción como su elemento definitorio. La imposición forzosa, por parte del Gobierno a un tercero, de una determinada prestación, entraba, desde luego, dentro de los deberes

⁽³⁹⁾ P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 80 y ss.

⁽⁴⁰⁾ G. DE AZCÁRATE, *La vida local. Discurso leído en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* (1891), en ID., *Municipalismo y Regionalismo*, Madrid, IEAL, 1979, pp. 53-122, p. 75.

que el « Estado nacional » había de cumplir ⁽⁴¹⁾, pero ni era su misión exclusiva o preponderante, ni tampoco cuando la llevaba a cabo conseguía la realización efectiva del derecho, que, como sabemos, siempre requería el consentimiento libre y consciente de la persona obligada.

Esta toma de posición llevaba al debate, entonces floreciente, sobre el fin del Estado. Aquí se marcaban de nuevo las distancias respecto de las proposiciones kantianas. Para Kant, como para los krausistas, el Estado era institución para el cumplimiento del derecho, pero, en el caso del idealista alemán, esta función quedaba reducida a la garantía, por medio de la coacción, de la « coexistencia armónica » de las libertades individuales. Con ello, se restringía su estatuto al de una « mera garantía externa », distinguida por la coerción. Para Posada, este era un caso paradigmático de confusión entre Estado y Gobierno. Cierto que este último podía, en tanto que « representación viva » del Estado, recurrir a la fuerza que se le había confiado para mantener o restaurar el orden jurídico. Pero el Estado, en sí, no era otra cosa que « el derecho mismo, cumplido espontáneamente por todos y cada uno de los que á ello están obligados ». Por eso el Estado no se hacía presente solo, ni principalmente, a través de la « acción directa » y represiva de su Gobierno; sucedía justo lo contrario, cuanto menos se interpusiese ésta por ser innecesaria, cuanto más autónomamente imperase la « ley de armonía racional » entre « esferas y actividades sociales », más firme y vigoroso aparecía el Estado, pues más vivido y realizado por las personas mismas se encontraba el derecho.

De estos planteamientos se infería una dualidad, típica del pensamiento krausista, que se hizo recurrente en los círculos intelectuales críticos con el sistema político de la Restauración: la que oponía el *Estado oficial* y el *Estado social*, resultando perfectamente posible, y jurídicamente lamentable, una disociación radical entre ambos, cuyo efecto más prominente era la falta de legitimidad del Gobierno (del Estado oficial) por no adecuarse al Estado (de la sociedad política). De ellos se deducía también que entre las obligaciones del Gobierno figuraba la creación de las condiciones que

⁽⁴¹⁾ F. GINER, *El Estado nacional*, « Boletín de la Institución Libre de Enseñanza », IV (1880), pp. 154, 166, 172 ss.

favoreciesen la cooperación voluntaria entre las personas, pues tal era, en suma, la clave para la exteriorización espontánea del derecho. ¿Qué tipo de organización social había de promover el Gobierno para incitar esta autocomposición armónica? Aunque la admisión de este intervencionismo tutelar por parte del Estado pudiese aproximar la doctrina krausista a « posturas socialistas » (42), lo cierto es que Posada optaba más bien por un régimen político-social que él calificaba como « *liberal*, de espontaneidad consciente », basado en las ideas sociológicas de la simpatía y la división del trabajo y en el que el principio de distribución y diferenciación sociales viniese dado por « la diversidad de las aptitudes humanas ». Reinando esta suerte de meritocracia se podría razonablemente aspirar a « la *libre* y *proporcional* composición de los elementos sociales, iguales en dignidad, distintos según la dirección de la actividad en ellos predominante ».

« Iguales en dignidad », insistía Posada. En efecto, la teoría krausista no solo hacía gravitar su concepción del Estado sobre la autonomía de la persona; también predicaba de ésta la justificación teórica de los derechos (43). En la filosofía jurídica de Giner la conexión era notoria (44). Primeramente, por la propia « idea de personalidad ». Para Giner, un ser vivo era persona cuando tenía el atributo de la « conciencia », que no cabía confundir con la exclusiva capacidad de conocimiento, pues abarcaba las facultades de « conocer, sentir y querer », cuyo conjunto formaba la « racionalidad » del ser. Para hablar de « personalidad », pues, bastaba con la existencia, siquiera potencial, de esa conciencia racional. El fundamento de la misma, sin embargo, no radicaba en el sujeto individual, sino en la propia « naturaleza humana », presente « en todos *pro indiviso* », especificada en cada individuo, pero compartida en sus-

(42) G. CAPELLÁN DE MIGUEL, *De la Filosofía del Derecho a la Ciencia Política*, cit., p. 177.

(43) Una exposición completa sobre el particular se encuentra en la tesis doctoral de M^a del C. ROLDÁN ÁLVAREZ, *Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, p. 277 y ss.

(44) GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del derecho*, I, cit., pp. 133-4, 186-7 y 191; y II, cit., pp. 15-16, 19-21, 24-5, 30, 34, y F. GINER, *Sobre la idea de personalidad*, en ID., *La persona social*, I, cit., pp. 11-45, concretamente pp. 11-12, 16, 25, 29-30, 38-40 y 43.

tancia por cada uno de ellos. En esta «unidad del ser común», en «este sér racional y universal», hallaban precisamente asiento los derechos de la personalidad, de ahí que fuese una palmaria inexactitud referirse a ellos, como era moneda corriente, calificándolos de «derechos individuales» o del «individuo»; en rigor, lo eran de la persona, pues dimanaban de la personalidad humana, no del individuo, mera especificación de ésta. La idea clave es que en todo sujeto se encontraba manifestado el ser absoluto, en cada individuo se hacía presente la entera humanidad. Por eso, cualquier persona contaba con «*capacidad* de Derecho», de ser parte en una relación jurídica, esperando el cumplimiento de deberes por parte de terceros para consigo, en muy primer término el deber de «respeto» a la propia «dignidad»: en efecto, su propia condición personal, el participar del «fundamento común é idéntico» de todos los sujetos racionales, le hacía poseedora de dignidad y, por consiguiente, acreedora de respeto y deferencia. El principio no admitía excepciones, era independiente de la conducta del sujeto, por deplorable que fuese, y vetaba, pues, la cosificación de cualquier hombre. Ni la demencia, ni la vileza de sus actos, ni el crimen, suspendían la máxima según la cual «no hay hombre sin dignidad».

De la personalidad derivaba también Giner un derecho general «a la existencia», que comprendía del nacimiento al advenimiento natural de la muerte. En su conjunto, estaba formado por un «sistema de derechos iguales para todos», «permanentes, inmutables e irrenunciables», independientes, pues, de la voluntad subjetiva. Toda vez que la ley, entendida rectamente, como exteriorización del derecho natural, era condición de su vigencia y garantía de su disfrute, resultaba inexacto calificarlos de «ilegislables». Ahora bien, al «poder social» organizado solo cabía legítimamente reconocerlos y declararlos, en ningún caso otorgarlos o eliminarlos a su antojo. Esto era aplicable también a las personas colectivas: por ejemplo, al Estado nacional solo competía reconocer el «nacimiento» o existencia de una personalidad social, en ningún caso crearla o suprimirla según su arbitrio. En definitiva, estos derechos referidos «a la persona en sí misma» ya conformaban un círculo de inmunidad frente a las agresiones del poder, un claro espacio de autonomía.

Pero el círculo genuino de la autonomía radicaba en el que Giner denominaba «derecho general a la actividad en sí misma»,

del que predicaba, a su vez, toda una serie de derechos personales. Cumplía entonces distinguir entre la « capacidad de Derecho » y la « facultad de obrar ». Mientras en el primer caso bastaba con el mero atributo de la personalidad, en éste se requería el uso práctico de la razón, aquel que permite a la voluntad determinarse con libertad. Los derechos, aquí, trataban de proteger y hacer posible que la persona gozase de « la facultad de *regir libremente* su vida ». Muchos de ellos eran los que en la tradición kantiana se denominaban « derechos de libertad » y describían esa esfera inviolable, de autogobierno individual, denominada autonomía. Como se ha indicado, la aportación krausista consistía en hacer inseparable esa plena capacidad de obrar, esa facultad de autodeterminación, de la activa cooperación de los demás. La armonía en sociedad no podía lograrse solo a través de la « coexistencia indiferente » de esferas individuales integradas únicamente por la abstención y el « respeto pasivo ». Las relaciones humanas, y el cumplimiento de los fines a que se dirigían, contaban siempre con un aspecto social, de « asistencia recíproca », que conformaba el llamado por Giner « derecho de *sociabilidad* », fuente, a su vez, de derechos, cuyo goce y garantía eran condiciones indispensables para el autogobierno.

Todos estos derechos contaban entonces con una doble faz. La libertad de industria o el derecho referido al trabajo, la libertad contractual o los derechos de asociación, contaban siempre con un aspecto negativo y con otro positivo: su ejercicio debía ser respetado, no interferido por terceros, pero éstos mismos, también, debían, con sus actos, prestar las condiciones que posibilitaban su ejercicio. No había, pues, derechos sin deberes, ejercicio pleno de derechos con mera abstención de los demás, sin prestación ajena de servicios. Y si la realización espontánea del derecho no estribaba sino en la provisión espontánea de estos servicios, hemos entonces de concluir que, en la filosofía de Giner, cumplimiento del derecho y satisfacción de las condiciones que permitían el disfrute de los derechos se abrazaban, venían prácticamente a coincidir. Era aquí donde entraba en juego la legitimidad de la intervención del Estado (nacional) en las relaciones jurídicas, facilitando los servicios que la sociedad, por falta de evolución cultural, no era capaz, por sí sola, de prestar. Tal ocurría, por ejemplo, con la educación, derecho fundamental de la actividad humana, pues capacitaba a las personas para autode-

minarse en libertad: era el Estado el llamado a garantizarlo mientras « la acción libre de la sociedad » no se bastase para ello.

Por último, existían los derechos referidos a los « fines humanos », donde entraban desde las libertades religiosa, científica y de prensa al derecho a la salud psicofísica, todos vinculados a la libertad y el clima cooperativo necesarios para que los hombres pudiesen cumplir su destino. En definitiva, Giner construyó una sistemática trabada de los derechos, basándose para ello en la dignidad natural de toda persona y en las condiciones sociales y políticas, tanto negativas o de abstención como positivas o de prestación, que debían concurrir para que todos los individuos pudiesen decidir en libertad y dedicar su vida a los diversos fines humanos. Su comprensión de los derechos gravitaba así en torno a la idea de autonomía en dos sentidos: por describir una esfera inviolable para terceros y para el poder oficial, pero también por atender a las condiciones necesarias que permitían la autodeterminación racional de las personas, tanto individuales como colectivas. Sabía, contra el liberalismo clásico, que la libertad no es algo que venga solamente dado de antemano, sino que requiere de unas determinadas prestaciones para poder florecer.

Su discípulo, Adolfo Posada, trasladó al constitucionalismo, depurándola, esta doctrina de los derechos, expresando con mayor transparencia aún su conexión con la idea de la autonomía del sujeto y derivando además de ella la necesidad de un Estado de derecho ⁽⁴⁵⁾. En efecto, Posada cifraba la clave de « la teoría racional de los derechos de la personalidad, base de una organización *justa* del Estado », en la propia idea, ya explicada, de la esfera inmanente. La justificación era sencilla: si la realización del derecho exigía la decisión libre y consciente por parte de la persona de cumplir su deber natural, entonces había que garantizar y proteger la conciencia y voluntad libres de la persona, y para eso estaban los derechos. La misma realización del orden jurídico — misión, como sabemos, del órgano estatal — resultaba entonces inviable sin la protección de los derechos de la personalidad — que no del individuo, como también

⁽⁴⁵⁾ POSADA, *Tratado de Derecho político*, I, *Teoría del Estado*, cit., pp. 42-43, 66-68 y 76-77; y II: *Derecho constitucional comparado de los principales Estados de Europa y América*, Madrid, Victoriano Suárez, 1894, pp. 12-17, 399-405 y 421.

insistía Posada. Y tal protección contaba con la doble vertiente consabida: de inmunización frente a injerencias ilegítimas, pues « intervenir desde fuera en la vida individual privatísima, ejerciendo presión material sobre la persona para *obligarla* á la fuerza á dirigir la vida contra su conciencia, constituye una violación del derecho siempre », pero también de garantía de las « condiciones necesarias de integridad » física y moral para que « la persona pueda cumplir *ella misma*, con plena conciencia, su destino ». En definitiva, el hecho de ser la persona, individual o colectiva, el agente del derecho, esto es, la circunstancia de ser la única capaz, con su actividad libre y consciente, de satisfacer las obligaciones necesarias para el cumplimiento de los fines humanos, realizando con ello el orden jurídico, hacía coincidir el « fundamento de su autonomía » con « el de *los derechos de la personalidad* ».

La clave que conviene retener es que para Posada el respeto a los derechos equivalía exactamente a la vigencia « de un Estado regulado por el derecho ». Solo garantizando los derechos se daban las condiciones necesarias para que las personas pudiesen, con sus acciones, actuar el derecho, instituyéndose, al individualizarlo, en Estados. Esta convicción le obligaba a censurar las doctrinas convencionales y dominantes, que hacían radicar el fundamento de los derechos en una « teoría de la libertad », ciñéndose incluso a la « individual ». Para Posada, por el contrario, la justificación de los derechos era, en primer término, extensible a las personas colectivas. La razón que llevaba a defender la autodeterminación individual frente a coerciones heterónomas era exactamente la misma, por ejemplo, que la esgrimida para legitimar el derecho de un Estado nacional a « mantener su autonomía é independencia » en la esfera internacional. Por otro lado, los derechos atendían a la libertad, pero no considerada de forma abstracta, a la manera liberal, sino considerada como exigencia concreta para que la persona pueda dirigir su actividad « según la naturaleza misma del Derecho pide ». Los derechos, pues, no protegían la libertad en sí misma, sino como atributo esencial de la persona, derivado de su humanidad, y como condición indispensable de su actividad, para poder producir los actos conscientes que realizan el derecho, armonizando las relaciones sociales.

Posada planteaba mayores reservas a la escuela estatalista en auge. Para ésta, los derechos procedían de una concesión del soberano, de una autolimitación del Estado entendido como poder institucional, o de una creación concreta de las leyes estatales, presuntamente expresivas de la voluntad general. En este marco, los derechos quedaban inscritos en una « teoría de las relaciones entre el *individuo* y el *Estado* », como si fuesen dos polos en potencial confrontación. Para los krausistas, sin embargo, los derechos no eran otorgados por gobierno alguno; al anclar en la propia humanidad, al garantizar el ambiente en que debía desarrollarse la actividad humana capaz de exteriorizar el orden jurídico natural, solo cabía su reconocimiento y declaración. Y tampoco cabía contraponer el Estado a la persona, pues, como sabemos, aquel solo era el órgano que ésta tenía para realizar el derecho, lo que ocurría es que tal realización requería la protección de la autonomía personal; y no otra cosa manifestaba la propia idea de los derechos.

Estos planteamientos de carácter material eran los que provocaban la desconfianza, tanto de Posada como de Giner, hacia el valor garantista que, en la práctica, pudieran tener las Constituciones formales y escritas. No era el desprecio por los derechos lo que les empujaba al rechazo del formalismo constitucional, sino una adhesión realista a los mismos, coherente con su noción del derecho vivo. Para Posada ⁽⁴⁶⁾, por ejemplo, el propio término Constitución debía entenderse en sentido material, como « *la aplicación del derecho al Estado mismo* », pero no al modo positivista usual, como protocolización de las actuaciones del poder a través de normas procedimentales objetivadas, sino en el sentido ético de entender el Estado como un aspecto de la propia sociedad, justo aquel caracterizado por garantizar las condiciones para que impere la armonía y la justicia. Por eso el carácter escrito, o no, de las Constituciones era totalmente secundario. Ciertamente era que las constituciones reflejaban el convencimiento de que, para el cumplimiento del derecho, resultaba indispensable « *garantir jurídicamente* la vida individual y colectiva contra los posibles abusos de los magistrados » públicos, de ahí que la llamada « *parte dogmática* de las Constituciones modernas »

⁽⁴⁶⁾ POSADA, *Tratado de Derecho político*, II, *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 16-17 y 403.

debiera interpretarse como un reconocimiento solemne de la autonomía del individuo, de la « esfera inviolable de su libertad », frente a los poderes oficiales. Pero, desde su origen, las propias declaraciones de derechos no habían tenido otro valor que el de « *iniciar un movimiento* » y lanzar un programa para « el porvenir ». Lo decisivo de las mismas estribaba entonces, no en su plasmación solemne, sino en el arraigo efectivo y en la aceptación reflexiva que el respeto de los derechos tuviese en « las costumbres sociales ». De hecho, dudaba incluso de que los artículos referidos a los derechos fuesen « disposiciones constitucionales, en su sentido estricto y propio », pues « *nada tienen que ver directamente con la Constitución organizadora del Estado* ». Que la piedra de toque estaba en la asunción espontánea de la cultura de los derechos por parte de la opinión pública, y no en su consignación formal exterior, lo mostraba, a su juicio, el hecho de que en algunos países, como en la Francia de la III República, se prescindiese de tales declaraciones justo en el momento político de su mayor arraigo. En definitiva, « el grado de civilización de una sociedad política » dependía, sí, del respeto efectivo a los derechos como condición inexcusable para la exteriorización del orden jurídico, pero éste se hacía visible, no tanto en declaraciones y normas escritas, como en « las *garantías* con que espontáneamente se gozan los beneficios que los derechos personales suponen ». Y Giner compartía este escepticismo frente a la habitual consideración de las « constituciones de los Estados », puros códigos escritos de preceptos legales, como garantías reales para « asegurar la justicia, la libertad », cuando la única garantía efectiva residía en el grado de evolución de la propia conciencia social, de la que se infería el comportamiento diligente, respetuoso y cooperativo de los individuos ⁽⁴⁷⁾.

Si de la autonomía del sujeto el krausismo predicaba el fundamento mismo de los derechos, también derivaba de ella su noción del poder soberano. Para mostrarlo, sigamos atendiendo a la obra de Francisco Giner y Adolfo Posada. Para Giner, una y otra, autonomía y soberanía, coincidían. En efecto, la idea de « *autonomía* » implicaba la noción de « la *autarquía* o soberanía », toda vez que ésta

(47) GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del derecho*, II, cit., pp. 137 y 158-9.

sentaba como principio el que « compete a cada persona la suprema dirección de aquellas de sus relaciones que le son privativas, como su único legislador y juez » (48). La autonomía describía así, para el exterior del círculo de la persona, un área inviolable, y para el interior, un espacio de autogobierno, el de la conciencia, sobre la que no existía instancia superior de apelación. A partir de aquí entraban en juego todas las matizaciones y sutilezas propias de la filosofía ginerista. La soberanía se atribuía, no a la persona en cuanto tal, globalmente considerada, sino en tanto que realizaba su función jurídica, es decir, cuando estaba constituida en Estado. Era este órgano encargado de regir la vida jurídica de la persona el soberano, no la persona en sí misma, ni cualquiera de sus manifestaciones institucionales exteriores (el parlamento o la corona, por ejemplo). Ahora bien, ya sabemos que personas las había individuales y colectivas, y que entre estas últimas no figuraba solo la « sociedad política » de la nación, sino también el municipio o cualquier otra corporación. Todos estos sujetos ejercían como Estados cuando se autolegislaban, cuando traían a su vida práctica el derecho inherente a las relaciones humanas e imprescindible para el cumplimiento de sus propios fines, de ahí que todos ellos fuesen soberanos en su propia órbita, pues en la ejecución de su función jurídica no había « grado de poder y superioridad » ante el que apelar más allá de la propia conciencia personal.

Estas premisas implicaban dos consecuencias. En primer lugar, el valor del poder soberano no podía disociarse del cumplimiento del derecho. La potestad soberana no constituía la fuerza desnuda todavía actuante en los momentos excepcionales de suspensión del derecho, sino la facultad que toda persona tenía para realizarlo. Esto ocurría en primer término cuando se hablaba de la « Soberanía en la esfera individual ». También aquí existía « un soberano y un súbdito », pues en el individuo estaba presente el « sér racional » absoluto, suerte de « hombre ideal » o *super-yo* consciente

(48) GINER, CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del derecho*, I, cit., pp. 104 y 168, y II, cit., pp. 160-161; F. GINER, *La soberanía política* (1872), en ID., *Estudios jurídicos y políticos* (1872), *Obras completas*, V, Madrid, Espasa-Calpe, 1921, pp. 191-213; y F. GINER, *Principales doctrinas tocantes a la soberanía política* (1879), en ID., *La persona social. Estudios y fragmentos*, II cit., pp. 235-285, especialmente pp. 243-4 y 282.

de los deberes necesarios para conseguir la armonía social, que indicaba de forma irrecusable al « sujeto », al « hombre individual » real, las reglas que debía observar como representante suyo. Por eso, el poder soberano del individuo no había de concebirse como « mera facultad subjetiva », sino como « función » de la naturaleza humana, limitada objetivamente por sus designios. En segundo término, no cabía atribuir la soberanía de un modo absoluto al Estado nacional, superponiéndola al resto de esferas personales. En puridad, la sociedad en su conjunto debía concebirse como « sistema de soberanías », por eso el Estado de la nación no podía « absorber por entero la personalidad de sus miembros ». Afirmer la soberanía estatal advirtiendo que « la nación no [era] el único Estado » implicaba, por tanto, en la sistemática de Giner, una decidida defensa de la autonomía de todas las personas colectivas.

Posada compartía plenamente estos postulados ⁽⁴⁹⁾. También para él la soberanía, poder supremo e inapelable, era función puesta al servicio del derecho, una capacidad a disposición del Estado « *para hacer que el derecho reine en la sociedad* » ⁽⁵⁰⁾. La facultad en la que consistía no se basaba entonces en la fuerza, sino en « la razón » y en el « el dictado augusto del espíritu de justicia » que la conciencia personal se autoimponía. Por otro lado, la soberanía, en tanto que atributo del Estado de todas las personas, no podía confundirse con un poder central que absorbe a los organismos sociales inferiores, como tampoco cabía residenciarla en una exteriorización institucional del Estado, ya fuese el rey o los parlamentos. Posada ponía además especial énfasis en que, partiendo de su concepto de soberanía, no cabía « desdoblamiento interior » en la vida de la persona, distinguiendo entre el soberano y los súbditos, entre unos pocos ostentadores del poder y los obedientes destinatarios de sus mandatos. La conciencia (individual y colectiva) que se resolvía, de forma soberana, a ejecutar un acto jurídico, no era otra que la de la propia persona que lo llevaba a cabo. La persona que ordenaba la realización del derecho y la que acataba este mandato eran la misma; por eso, como de inmediato se verá, la idea de

⁽⁴⁹⁾ POSADA, *Tratado de Derecho político*, I, *Teoría del Estado*, cit., pp. 292 y 295-300; y II: *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 327-8, 330, 336 y 339.

⁽⁵⁰⁾ Tomaba Posada esta definición de GINER, *La soberanía política*, cit., p. 202.

soberanía, rectamente entendida, llevaba implícita la defensa un régimen de « autogobierno » y se declinaba en « un sentido confluyente con el de autonomía » (51).

Pero no siempre había sido así. El rastro histórico de una soberanía al servicio del derecho era muy reciente. En otros tiempos predominó su versión « patrimonial y personal », a la que respondió una « afirmación radical de la soberanía del pueblo », templada después con el sincretismo doctrinario de la « soberanía compartida ». Hacía pocas décadas que comenzaba a preferirse « la concepción más racional de la soberanía nacional », o, con mayor rigor ético, la « soberanía del Estado », que no era sino la propia de la nación rectificada por la idea crucial del « Estado de derecho ». Por tanto, el debate de la soberanía, en su articulación institucional, referido ya al Estado de la sociedad política y situados en época constitucional, oscilaba « entre las doctrinas de la soberanía popular y la de la soberanía nacional y del Estado ». Posada se decantaba claramente por esta última, que venía a presuponer la conciencia cohesionada y unitaria de la nación, orgánicamente considerada, no como agregado de individuos, y su deliberada vocación de realizar la justicia en todos sus órdenes. En realidad, ninguna de las concreciones del « derecho constitucional moderno » había materializado todavía « en toda su pureza ideal el concepto mismo del Estado como Estado representativo esencialmente jurídico », que era lo exigido por un recto entendimiento de la « soberanía del Estado ». Pero, aún así, las manifestaciones nacionales del derecho constitucional expresaban un mayor o menor grado de aproximación a ese ideal. Así, mientras la aportación de Francia, por ejemplo, consistía en considerar la soberanía « como poder y fuerza, á veces materiales y sin contenido ético, del pueblo », lo que distinguía a Inglaterra, por el contrario, era la vigencia « del principio histórico del *Selfgovernment* ». Y para Posada, lo que implicaba este principio, « intraducible al español », suponía la realización « de un modo muy perfecto » del « ideal de la soberanía del Estado ».

(51) J.F. LORCA NAVARRETE, *Adolfo Posada: Teoría del Estado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1973, p. 36.

3. Selfgovernment: *condiciones y consecuencias*.

Del concepto krausista de « soberanía nacional » se llegaba así al principio del autogobierno. Las vías que conducían a la afirmación del *selfgovernment* eran variadas y todas arrancaban, en el fondo, del reconocimiento de la autonomía individual y colectiva. « ¿No supone el *Self-government* el reconocimiento del *Estado personal*? », se preguntaba retóricamente Posada. En efecto, este principio de autogobierno implicaba en muy primer término reconocer la esfera de autonomía de la persona individual, con la consiguiente « necesidad de la libertad del individuo y del respeto á sus derechos », pero también el reconocimiento de « la autonomía de las corporaciones libres », cuya vida interior no podía ser regida entonces, de forma absorbente, por el Estado nacional. Un régimen de *selfgovernment* se identificaba, pues, con aquel sistema político donde quedaba garantizado el « derecho de la personalidad » y se respetaba la independencia, en su propia esfera, de los cuerpos intermedios ⁽⁵²⁾. He aquí, en efecto, el centro de la tesis krausista: la autonomía individual deviene ilusoria sin la autonomía de los colectivos en que vive y participa el individuo, y, en sentido inverso, la autodeterminación colectiva resulta impracticable sin la garantía debida de la autonomía individual. Por eso, para Posada, un sistema inspirado en el *selfgovernment* se caracterizaba por el respeto de los derechos de la personalidad, a la vez que por el autogobierno de los cuerpos intermedios.

Se trataba, en sus palabras, de un sistema de « *gobierno del pueblo por el pueblo* » ⁽⁵³⁾, que, sin embargo, no debía confundirse con el principio democrático individualista de la soberanía popular. El *selfgovernment* no partía de una concepción del pueblo o nación como agregado de individuos, que se expresan políticamente a través del sufragio universal. El krausismo se inclinaba por un concepto orgánico e historicista de la nación, que comprendía a todos sus elementos individuales y colectivos y que permitía atribuir la soberanía al « *todo social mismo* », no a alguna de sus partes aisladas. Así considerada, la nación se autogobernaba, es decir,

⁽⁵²⁾ POSADA, *Tratado de Derecho político*, I, *Teoría del Estado*, cit., p. 59.

⁽⁵³⁾ *Ivi*, p. 299.

podía considerarse soberana, cuando el poder era compartido por todos esos elementos, cuando resultaba ejercido, proporcionalmente, por todos los factores que la componían. En tal sentido, el principio del *selfgovernment* suponía, en opinión de Posada, una determinada forma de « división del poder », no « exterior y formal », sino material y espontánea, por distribuirse entre los diferentes elementos sociales de acuerdo a su valor efectivo y según las circunstancias y necesidades históricas. En definitiva, este régimen de autogobierno imponía que las decisiones políticas se elaborasen « por la concurrencia de todas las fuerzas vivas del país »⁽⁵⁴⁾, dando por descontado que entre dichas fuerzas, a fines del siglo XIX, figuraba también, en posición destacada, el pueblo trabajador.

El *selfgovernment* encontraba de este modo, en la obra de los krausistas, una doble significación: en su acepción restringida servía para designar el gobierno mixto de Inglaterra, con sus formulaciones particulares como el axioma del *King in Parliament*, y su especial régimen de autonomía local, pero en su acepción más genérica servía para designar un sistema de gobierno óptimo basado en la « soberanía nacional o del Estado », netamente diferenciado de los regímenes democráticos de « soberanía popular » en los que supuestamente primaba « el criterio brutal de las mayorías »⁽⁵⁵⁾. Ambas nociones estaban vinculadas. Inglaterra, su Constitución y su organización político-social, componían, como en época ilustrada⁽⁵⁶⁾, el espejo en el que contemplarse, el ejemplo a emular para poder evolucionar en la senda marcada por el ideal de autogobierno. Por eso interesaba aún la traducción de obras sobre el gobierno inglés⁽⁵⁷⁾, o el análisis monográfico de la Constitución de Inglate-

⁽⁵⁴⁾ POSADA, *Tratado de Derecho político*, II: *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 339, pero también 328-9.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 344.

⁽⁵⁶⁾ Valga citar dos títulos decisivos para el caso español: J.L. DE LOLME, *Constitución de Inglaterra* (1812), Madrid, CEC, 1992, edición y estudio de Bartolomé Clavero, y E. MALO DE LUQUE (Duque de Almodóvar), *Constitución de Inglaterra* (1785), Madrid, BOE-CEC, 2000, edición y estudio de Jesús Vallejo.

⁽⁵⁷⁾ Walter BAGEHOT, *La Constitución inglesa* (1902), Madrid, CEPC, 2010, trad. Adolfo Posada, edición y estudio de Joaquín Varela.

rra ⁽⁵⁸⁾, pues, aunque sus últimos excesos individualistas en el sistema electoral y cierta reluctancia dinástica lo alejasen del tipo perfecto de Estado representativo ⁽⁵⁹⁾, en ellos, y en su contraste con la « política del continente », podían observarse con nitidez las prácticas y exigencias propias de un régimen político que pretendiera basarse en el *selfgovernment*.

En efecto, para que ese régimen ideal fructificase tenían que abolirse determinados hábitos y concepciones muy arraigados en España y debía concurrir una serie de condiciones específicas. El autor krausista que acaso precisó mejor estas dimensiones generales del *selfgovernment* fue Gumersindo de Azcárate. En su opinión, el citado principio formaba « la base esencial de la organización del Estado en los pueblos que á la par son libres y viven en paz » ⁽⁶⁰⁾. Entre sus exigencias preliminares sobresalían la « libre propagación del pensamiento » — su « condición primera » —, la garantía de la libertad de conciencia y el reconocimiento de los derechos, incluyendo los políticos como « la libertad de prensa y la de asociación y reunión ». Un régimen de *selfgovernment* significaba, ante todo, que la propia sociedad, considerada en su conjunto, tenía plena facultad para « organizar el poder y declarar el derecho libremente y por sí ». Era el « gobierno del país por el país ». Por eso podía también denominarse un sistema en el que imperaba la « soberanía de la nación ó del Estado ».

Ahora bien, que la nación fuese soberana quería decir que de ella manaba el poder, pero en ningún caso que su arbitrio fuese « fuente de *derecho* ». Como sabemos, el derecho, adjetivado como « esencial » o « absoluto », era anterior a toda forma de voluntad,

⁽⁵⁸⁾ G. DE AZCÁRATE, *La Constitución inglesa y la política del Continente*, Madrid, Imp. M. Minuesa de los Ríos, 1878.

⁽⁵⁹⁾ Tal era la convicción de POSADA, *Tratado de Derecho político*, II: *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 341 y 344.

⁽⁶⁰⁾ Para toda la exposición que sigue, v. G. de AZCÁRATE, *El self-government y la Monarquía doctrinaria*, cit., pp. VI, 8, 10, 14, 20, 27-9, 32, 35 n. 1, 46, 68, 85, 88-9, 92-3, 120-1, 139, 143, 147 n. 2, 151, 153-4, 156-7, 163, 169, 192-3, 196, 233, 236, 255 y 262. En lo sucesivo, la procedencia de las citas de otros textos será convenientemente anotada al pie. El libro que nos sirve de guía ha sido reeditado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2008 precedido por un útil estudio de G. Capellán de Miguel.

aunque solo ésta, actuando en conciencia y libertad, pudiera individualizarlo, trayéndolo a la vida. La sociedad, como el individuo, ambos personas, ambos Estados cuando ejercían su función jurídica, no podían, en rigor ético, crear el derecho más propicio « á sus intereses », sino solo « *declarar* » el que su conciencia estimase « debido en vista de los eternos principios de justicia y de las circunstancias históricas ». La soberanía de la nación suponía entonces la posesión del poder necesario para realizar el derecho y garantizar las condiciones para su realización, nunca la facultad de desconocerlo o quebrantarlo. Y ahí precisamente radicaba el extravío de las doctrinas contractualistas: no en haber recordado « á los pueblos que su soberanía [era] origen del *poder* », cosa verdadera, sino en haberles enseñado que era también « fuente de *derecho* ».

Sentada esta premisa, se afirmaba como rasgo general de un régimen de *selfgovernment* la posibilidad, en aplicación de la ley del progreso racional, de « la perpetua *reforma* de las instituciones sociales y políticas », siempre y cuando se tratase de una modificación decidida autónomamente, en su « sentido, forma y momento », por la propia sociedad. Por tanto, aquellos países en los que el Estado afirmaba determinados principios como « indiscutibles », o se declaraban algunas instituciones como « insustituibles y hasta irreformables », eran abiertamente contrarios a las exigencias del *selfgovernment*. Una sociedad autónoma, con derecho « á regir y determinar su propia vida », podía definirse así también en negativo: era aquella en la que ninguna institución, fuese la familia, la propiedad o la pena, se declaraba inmutable, sustraída a las variaciones históricas impulsadas por la voluntad social; era también aquella en la que no existía religión oficial obligatoria, con exclusión de los cultos restantes; e igualmente aquella cuya forma de gobierno no se consideraba intocable, dada la legítima y permanente posibilidad de « reformar la Constitución ». Sostener lo contrario, afirmando la exclusividad de un dogma, la intangibilidad de una forma de gobierno, o la fijeza eterna de determinadas instituciones, convertía a la sociedad en « objeto » pasivo del derecho, cuando, en realidad, era su agente, su principal « sujeto ».

Azcárate polemizaba con los numerosos autores y políticos que, a comienzos de la Restauración borbónica, discurrían de esta guisa, invocando una supuesta « constitución interna » tradicional,

indisponible y necesariamente materializada por la Constitución positiva ⁽⁶¹⁾. Recordaba a los férreos defensores de la familia patriarcal y de la propiedad privada que, en realidad, no aspiraban a preservar la « *esencia* » de tales instituciones, sino su última y concreta « *forma* histórica » por el sencillo hecho de que les beneficiaba. Quienes ellos tachaban de revolucionarios no aspiraban a suprimir esas instituciones, sino a reformarlas en profundidad, pidiendo para la propiedad « una organización colectiva » y para la familia una organización más igualitaria. Los conservadores y liberales olvidaban además que toda institución, « por naturaleza », es « pasajera y transitoria ». Por otra parte, recordaba a los reacios a toda transformación que si la sociedad tenía una identidad estructural, marcada por unos determinados atributos culturales e institucionales, como ser monárquica y católica, la mejor prueba de mostrar que su arraigo era efectivo « y no por ministerio del artificio » era someterlos a « la libre contradicción ». Pero, junto a esta discusiones, lo que Azcárate — y el resto de krausistas — hacían ver con claridad eran las condiciones concretas indispensables para la vigencia del *selfgovernment*.

En primer lugar, había de tratarse en todo caso de un régimen basado en el gobierno de la « opinión pública ». Ello obligaba, como se ha indicado, a garantizar las libertades de pensamiento, prensa, reunión y asociación, lo cual suponía respetar la libre formación de partidos políticos — « órganos de las aspiraciones sociales » ⁽⁶²⁾ — y la libre discusión de sus respectivos programas. Como en la conciencia individual se barajan opciones diferentes antes de adoptar una decisión jurídicamente relevante, así también era necesario,

⁽⁶¹⁾ V. A. BERGARECHE ROS, *El concepto de Constitución interna en el constitucionalismo de la Restauración española*, Madrid, CEPC, 2002, y J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La doctrina de la Constitución histórica en España*, « Fundamentos », 6 (2010), pp. 307-359, p. 344 y ss. En realidad, Azcárate y los krausistas se inscribían en un mismo marco discursivo, oponiendo a la constitución interna monárquica, católica y militar de la Restauración otra « *constitucion interna* » o « *social* », entendida como « fisonomía » o « modo de ser » de un pueblo, la cual, también, debía proporcionar las « bases de la [constitución] jurídica »: AZCÁRATE, *El self-government y la Monarquía doctrinaria*, cit., pp. 113-4.

⁽⁶²⁾ G. de AZCÁRATE, *Los partidos políticos* (1876), en ID., *Estudios filosóficos y políticos*, Madrid, Lib. San Martín, 1877.

a juicio de Azcárate, que en la conciencia colectiva luchasen « las escuelas y los partidos », para que del contraste racional entre sus principios saliese « la opinión y el sentido que ha[bían] de guiar á los pueblos ». Por eso la ilegalización de partidos por el solo hecho de no adecuarse sus doctrinas a los dogmas oficiales, o a una forma de gobierno inmodificable, le parecía una negación palmaria de la soberanía estatal, que imposibilitaba que el pueblo fuese « dueño de sus destinos ». La línea divisoria la marcaba el recurso a la violencia para imponer las propias creencias. En ese caso, la persecución — del crimen, al fin y al cabo — era legítima; en los restantes, una restricción inadmisibles de la autonomía de la sociedad, que, por paradójica, no prevenía, sino que propiciaba « las conjuraciones palaciegas, las revueltas populares, las sediciones militares ». Permitir y fomentar la circulación libre de las ideas políticas era, así, la condición inexcusable para que reinase un gobierno de la *public opinion*, consistente, en suma, en la armonía entre los poderes públicos y la opinión del país, en la correspondencia sustancial entre ésta y la ley.

En segundo término, la vigencia del *selfgovernment* suponía la consagración de un Estado « *representativo* ». Por eso era importante la existencia de una pluralidad de partidos, con plena libertad para debatir sus propuestas. De ahí también la relevancia de los derechos políticos, pues solo su ejercicio podía « procurar la sustitución pacífica de la organización del Estado existente » por la que se estimase « más justa y progresiva ». Ahora bien, como para garantizar la autodeterminación política de la sociedad lo decisivo era considerarla en su conjunto, como un todo, importaba más que se franqueasen los canales para la formación espontánea de la opinión que había de representar el Estado que la extensión universal del individualista sufragio electoral. En efecto, representativo debía ser el Estado porque sus decisiones habían de reflejar la distribución y prelación de las fuerzas efectivamente existentes, organizadas muchas veces de modo corporativo; para lograrlo, el sufragio electoral convencional era importante, por dar entrada a la dimensión individualista de toda sociedad, vital tras las revoluciones liberales, pero no era « por sí, y sin más, lo esencial ni característico del *self-government* », hasta el punto de poder existir sufragio, aun

en su versión más inclusiva, en regímenes contrarios al mismo, como los cesaristas.

Posada lo aclaraba (63). Ante todo, no había considerar el sufragio individual el único canal de representación política. Su estatuto, más que el de un derecho, era el de una « función » de la que la persona social se servía para poder determinar con rectitud sus acciones. Y cierto era que las tradicionales exclusiones basadas en la propiedad y la riqueza, e incluso en el sexo, habían dejado de tener sentido, porque todos debían « ser miembros activos del Estado »; sin embargo, siendo función del Estado la realización del derecho, y requiriendo ésta la mediación de decisiones voluntarias y libres, se señalaba la necesidad de una capacitación indispensable para el voto, lo cual hacía recomendable, no la atribución del derecho de sufragio a los ciudadanos desprovistos de cultura, sino su correspondiente instrucción para que así pudiesen votar.

Tanto en Posada como en Azcárate hablar de un Estado representativo equivalía a invocar el « régimen parlamentario », estimándolo como el sistema más eficaz para lograr que la ley fuese « reflejo de la opinión pública », para conseguir que las leyes se dictasen con arreglo al « sentido jurídico que en cada momento domine en la sociedad ». Al conformarse ésta tanto de individuos como de corporaciones, el Parlamento, si aspiraba a ser realmente representativo, debía contar con dos cámaras, una de ellas reservada a « los distintos organismos é instituciones sociales » (64). Sus diputados tenían que ser elegidos en sufragio limpio y libre, celebrado en un contexto de garantía plena de las libertades « de imprenta y de asociación ». Además, las propias cámaras debían ser permeables en todo momento a las corrientes mayoritarias de la opinión social. De cumplirse estos requisitos, existiría en la realidad un sistema parlamentario. Podría decirse entonces que los legisladores debían « su elevada investidura á la libre designación de los ciudadanos ». Y en

(63) POSADA, *Tratado de Derecho político*, I: *Teoría general del Estado*, cit., pp. 238-89, y II: *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 510-1; ID., *El sufragio según las teorías filosóficas y las principales legislaciones*, Barcelona, Soler, 1900.

(64) Examina algunas propuestas krausistas sobre « sufragio corporativo » M. SUÁREZ CORTINA, *Krausoinstitucionismo, democracia parlamentaria y política en la España liberal*, en ID. (ed.), *Libertad, armonía y tolerancia*, cit., pp. 348-389, p. 366 y ss.

él no se verificaría abdicación alguna de la soberanía por parte de la sociedad en favor de sus representantes parlamentarios, pues el gobierno de la opinión pública y la libre acción social impedirían toda fractura entre gobernantes y gobernados. Por último, en un modelo político de esta traza, el Parlamento podría, con toda legitimidad, señalar el rumbo y crear el « impulso que al Poder ejecutivo toca[ría] secundar ».

Pero la realidad solía reñir con estas exigencias representativas y parlamentarias del *selfgovernment*. Sobre todo, porque, « en la práctica », lo que el observador contemplaba no era la vigencia del sistema parlamentario, sino su más descarado falseamiento ⁽⁶⁵⁾. Esta inversión del régimen, que era pasto para los reaccionarios contrarios al parlamentarismo, venía provocada por numerosas « corrup-telas ». Las redes clientelares y la compra de votos por parte del poder privado, vinculado al latifundio, de los caciques, corrompían cualquier extensión del sufragio y predeterminaban los resultados electorales. La ilegalización de partidos o los « límites y trabas » impuestos por el Gobierno « á la accion de los adversarios » también alteraban sustancialmente la formación de la opinión electoral. Prácticas perniciosas como las « *candidaturas oficiales* », impulsadas con el indecoroso apoyo del partido gobernante y de la administración pública, o la « *coacción gubernamental* » ejercida contra los oponentes, terminaban de arruinar el régimen parlamentario, convirtiéndolo en pura retórica. Y tales males procedían, a su vez, de uno fundamental: la preponderancia del poder ejecutivo sobre todos los demás, su condición de « único árbitro de los destinos de un país ». Tanto poder concentraba, que terminaba

⁽⁶⁵⁾ A este asunto dedicó Azcárate todo un libro, celebrado y muy difundido: *El régimen parlamentario en la práctica* (1892²), Madrid, Suc. Minuesa de los Ríos, 1931. También lo hizo, centrándose igualmente en el señalamiento de su corrupción más que en la recreación del ideal, Adolfo Posada en sus *Estudios sobre el régimen parlamentario*, Madrid, Dirección y Administración, 1891. Defender el parlamentarismo frente a su adulteración práctica y ante las reivindicaciones del tradicionalismo, fue, como se ve, rasgo distintivo de los autores krausistas: también lo era, por mediación de Azcárate, de Joaquín Costa: v. G. GÓMEZ ORFANEL, *Las precondiciones de la democracia: la crítica costiana al parlamentarismo liberal de la Restauración*, en Cristóbal Gómez Benito (coord.), *Joaquín Costa y la modernización de España*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011, pp. 237-250.

reduciendo el Parlamento a su cómoda correa de transmisión, contrariando las exigencias del *selfgovernment*.

También lo contradecían frontalmente los sistemas de « gobierno personal », tanto el « cesarismo », vigente hasta hacía bien poco en la Francia del Segundo Imperio, como la « Monarquía doctrinaria », alzada sobre suelo español. El primero lo negaba porque, aun basándose en « la soberanía del pueblo », ésta se expresaba « en toda su plenitud únicamente en un acto, el de designar y votar al César », quien, por otro lado, ejercía el poder sin compartirlo con ningún estrato social. Aunque con menor intensidad, también la Monarquía doctrinaria negaba los fundamentos del *selfgovernment*, por frenar la soberanía nacional con el principio dinástico, elegir caprichosamente a los elementos con que compartía el poder y contar con mecanismos como la sanción o el veto absoluto para sobreponer el criterio personal del monarca al de la sociedad. No obstante, lo defendido por Azcárate no era que el autogobierno nacional fuese incompatible con la monarquía. Su argumento se centraba más bien en resaltar dos extremos: siendo toda constitución reformable, y estando toda institución sometida al escrutinio de la nación, el principio de legitimidad del Trono solo podía ser el mismo de la soberanía nacional, no uno opuesto y superior; por otra parte, la función de la Corona no podía ser la de gobernar, sino la de coordinar los poderes para garantizar su armonía con la opinión del país. Cumplidas ambas exigencias, un sistema monárquico podía compadecerse perfectamente con el principio del *selfgovernment* ⁽⁶⁶⁾.

El modelo político resultante de este axioma habría de caracterizarse, pues, por la libre propagación del pensamiento, por una representatividad real del Estado, que permitiese que « la opinión de la generalidad se convierta en ley », y por el acatamiento inexcusable de esas leyes, ya inequívocamente representativas. En caso de concurrir estos tres requisitos, la « sociedad » podía considerarse efectivamente « soberana », desapareciendo con ello « la secular antítesis entre gobernantes y gobernados ». De no estar presentes, cabía incluso plantearse una revolución legítima, siempre y cuando su

⁽⁶⁶⁾ Aun con posibles simpatías republicanas, los krausistas eran « accidentalistas »: SUÁREZ CORTINA, *Krausoinstitucionismo*, cit., p. 375.

finalidad consistiese, no en imponer a la sociedad un « principio abstracto », ajeno al « sentimiento nacional » y « la conciencia pública », sino solo en « reintegrar á la sociedad en su soberanía ». Contrario, pues, a toda forma de constructivismo racionalista, Azcárate sí admitía la legitimidad de la insurrección en defensa de las exigencias planteadas por el *selfgovernment*.

Entre ellas destacaban además otras igual de relevantes. Por ejemplo, requería de unos « tribunales libres é independientes », con capacidad para fiscalizar la acción de la administración pública, una facultad negada entonces en España por « la necesidad de la *autorización* previa para procesar á los funcionarios públicos », figura que no tenía más propósito que el de « proteger la tendencia invasora y avasalladora del Poder ejecutivo », que imposibilitaba toda independencia judicial real. En el campo de la justicia, el autogobierno de la sociedad exigía asimismo una amplia admisión del jurado. Azcárate lo consideraba expresamente como « una consecuencia y aplicación del principio del *self-government* al ejercicio de la función judicial », pues éste implicaba que la sociedad tuviese « derecho á intervenir directa é indirectamente, no en éste ó aquel [poder], sino en todos ellos ». Y en el judicial debía poder hacerlo a través del escrutinio de los procesos judiciales por parte de la opinión pública, pero también mediante la constitución del jurado, tanto en materia civil como criminal. Su legitimidad no procedía entonces del tan invocado derecho individual « á ser juzgado por iguales », sino de la propia « soberanía del Estado ». Y dadas las convicciones krausistas acerca del hecho jurídico y el derecho vivido, el jurado podía llegar a concebirse, no solo como tribunal de hecho, sino también de derecho (67).

La autonomía colectiva exigía también un replanteamiento profundo del valor de la costumbre. No se trataba de presentarla como fuente relevante, junto a la ley, sino de convertirla en la única fuente del derecho efectivo, dado el principio, formulado con

(67) Aunque Azcárate, en *El self-government y la Monarquía doctrinaria*, cit., p. 246, lo ciñese a decidir « tan solo sobre el *hecho* », en las notas a la *Enciclopedia* de Ahrens, Giner y Azcárate sostenían que la « distinción entre las supuestas cuestiones ‘de hecho’ y ‘de Derecho’ » no podían « servir de base á la institución del jurado », nota a p. 137.

insistencia por Joaquín Costa, según el cual una ley del Estado no llega a ser ley efectiva en tanto no sea explícitamente aceptada « por parte del pueblo ». En tal sentido, lo que el legislador oficial aprobaría, en tanto que órgano y servidor de la sociedad, no sería tanto una ley como un « proyecto de ley », o la « proposición de una costumbre », a la espera de que el pueblo la sancionase con su consentimiento explícito, mediante el voto, o, con mayor frecuencia, « tácitamente, acomodando á ella sus actos ». Solo en este caso, la ley pasaría a constituir, en realidad, « derecho positivo », esto es, « ley viva, ley positiva », en suma, una costumbre jurídica interiorizada por la sociedad. La idea es que con este necesario « refrendo » popular de las leyes se lograría satisfacer la exigencia capital del *selfgovernment* de que existiese una armonía sustancial entre el legislador, titular solamente de una « potestad delegada », y la « aspiración de la generalidad » (68).

Por último, exigencia central del principio del autogobierno era precisamente el de la autonomía de los cuerpos intermedios, muy en especial de los territoriales, como los municipios. De hecho, era este uno de los puntos donde el ejemplo inglés cobraba más valor. No era casual que fuese precisamente su sistema de « independencia local » el que recibiese el nombre, en términos estrictos y restringidos, de *selfgovernment*. Como bien sabemos, la autonomía de las personas sociales era un componente fundamental de toda la sistemática krausista. Se insistía en ella para rechazar cualquier tipo de concepción del Estado y la soberanía que pudiesen implicar absorción unilateral, por parte del poder central, de los organismos sociales intermedios. La tendencia a censurar en este caso, característica de todos los países continentales desde el « absolutismo » y las revoluciones hasta la construcción administrativa del Estado liberal, era la de la « centralización », particularmente acusada en el caso español, y más en concreto, la de la « *centralización administrativa* », que para Azcárate evidenciaba con claridad cómo el « Estado nacional » absorbía « la función ejecutiva que debía com-

(68) J. COSTA, *El problema de la ignorancia del derecho*, cit., pp. 101 y 116. Véase el encuadre y exposición, sobre este texto, pero también sobre la completa dirección de pensamiento aquí tratada, de B. CLAVERO, *El método entre infieles o el código en España*, « Quaderni Fiorentini », 20 (1991), pp. 271-317, p. 283 y ss.

partir, dentro de la debida subordinación, con los municipios y las provincias ». En contraste con esta tendencia, la preferencia krausista era por un Estado federal, entendido, no al modo voluntarista y contractualista de autores como Proudhon o Pi y Margall, sino en un sentido orgánico, como integración « compleja de los elementos diversos de una población constituida en pueblos y formando por sí misma » una nación unitaria (69). De tal importancia es esta exigencia para nuestro objeto de análisis, que conviene dedicarle atención independiente.

4. *La autonomía de los cuerpos territoriales.*

En este campo, el krausismo se distinguía por sus críticas a las « Monarquías absolutas » y, sobre todo, al « liberalismo individualista y abstracto » (70). Continuando el proceso centralizador activado por las primeras, las revoluciones liberales realizaron una división arbitraria del territorio en función exclusiva de las necesidades del poder central. Procediendo de este modo, se obvió por completo el hecho de que los municipios eran sociedades naturales, anteriores al propio Estado, y se los redujo a la condición de meras agrupaciones con « fines casi puramente administrativos ». Para mostrar el carácter preestatal de los municipios interesaba reconstruir su genealogía, analizando su formación en la Edad Media. Del análisis se desprendía la prueba evidente de que la ciudad medieval estaba fundada en el pacto entre sus habitantes, y, en el contexto de la sociedad feudal, formaba un espacio de libertad civil y política, donde florecieron los derechos de la persona y el comercio así como la idea de la soberanía social. El hecho de que originariamente, y a diferencia del municipio administrativo romano, las ciudades medievales se fundasen en el

(69) Se decantaba abiertamente por esta posibilidad POSADA, *Tratado de Derecho político*, I: *Teoría general del Estado*, cit., pp. 215-7.

(70) Para las líneas que siguen, v. AZCÁRATE, *El municipio en la Edad Media* (1875), pp. 7, 13, 24; *Organización municipal en Europa* (1883), pp. 31, 44-45; *La vida local. Discurso leído (...) en el Ateneo Científico y Literario de Madrid* (1891), pp. 85, 87, 91 y 93; y sus intervenciones en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el debate sobre la cuestión de *Hasta qué punto es compatible en España el regionalismo con la unidad necesaria del Estado* (1899), pp. 147, 149 y 152, todos recopilados en AZCÁRATE, *Municipalismo y regionalismo*, cit.

pacto, había hecho creer erróneamente que todavía en el siglo XIX podían continuar basándose en un contrato voluntario. Este yerro propio de los federalistas no tenía en cuenta, según Azcárate, que la dinámica medieval no podía resucitarse en los tiempos modernos y, sobre todo, que la propia idea de pacto ciudadano respondía a una necesidad natural perentoria, no expresaba la capacidad de creación arbitraria de un núcleo humano.

A la hora, pues, de examinar la división política de un territorio dado saltaba a la vista la diferencia existente entre las « *divisiones administrativas* establecidas para el mejor desempeño de los servicios encomendados al poder central y el reconocimiento de *organismos naturales*, con propia personalidad y propio fin dentro del Estado nacional ». Desde las revoluciones, no cabía duda de que predominaban las primeras, pero cada vez era más intensa la reivindicación de recuperar los segundos. Ahora bien, esta reclamación no significaba la defensa de la independencia unilateral de las entidades intermedias. La representación organicista de la sociedad preconizada por el krausismo bloqueaba esta posible deriva. Las diferentes personas sociales que formaban la sociedad en su conjunto vivían en un continuo flujo de relaciones, y lo que ordenaba el derecho era precisamente su coordinación armónica, no su disyunción recíproca. El paso indispensable era el reconocimiento de la propia personalidad social, con su correspondiente capacidad de autogobierno, para después asumir que el cuerpo territorial intermedio se encontraba inscrito en una sociedad mayor, la nacional, que lo englobaba. Esto se hacía particularmente visible en las relaciones entre el Estado y el municipio. En efecto, había servicios, como los de seguridad, que competían al Estado y se desarrollaban en las ciudades. Esto exigía la coordinación entre ambos órdenes sociales, la aceptación y aplicación por parte del municipio de los criterios directivos centrales. Pero, con este pretexto, se legitimaba una práctica fatal, como la designación de los alcaldes por parte del poder gubernativo, en un acto censurable de desconfianza hacia la autonomía municipal. La integración cabal entre ambos círculos de vida degeneraba en este caso en una sometimiento jerárquico, que cercenaba el legítimo autogobierno de la ciudad. Para evitarlo, al menos desde el orden conceptual, cumplía precisar que el municipio, en efecto, era un

« órgano del Estado nacional », condicionado, pues, por los fines de éste, pero en ningún caso era un « órgano del gobierno nacional ».

El punto clave radicaba en rechazar la consideración del municipio como creación arbitraria del gobierno, como mera « rueda de la máquina administrativa », afirmando su condición de « persona social, natural y necesaria », a la que solo cabía reconocer y respetar, ni absorber ni tutelar. La autonomía de los municipios contaba así con el mismo fundamento e idéntica finalidad que la autonomía de cualquier persona social ⁽⁷¹⁾. No se pretendía con ello instaurar un régimen en el que primase el capricho de los gobernantes locales. Como se ha dicho, la propia coordinación con el Estado nacional, y la subordinación a sus fines generales para mantener la armonía del conjunto, se aceptaba plenamente. El reconocimiento de la autonomía quería ante todo significar lo que sabemos, que la persona social del municipio debía tener las facultades necesarias para « establecer la naturaleza y extensión de su derecho », de un derecho objetivo ya predeterminado por sus fines propios. Y por otro lado, esta autonomía municipal se identificaba con el principio del *selfgovernment*, que ordenaba que la ciudad, para la determinación de su propio derecho y en su propia órbita, se rigiese por sí misma.

El mismo estatuto de personas sociales naturales tenían, a juicio de Azcárate, las provincias y las regiones. El primer caso era más difícilmente discernible, porque buena parte de ellas, siguiendo el ejemplo francés, había sido la expresión más nítida del arbitrio gubernamental en la división del territorio. Ahora bien, aquella división tomó en muchos casos como patrón circunscripciones naturales anteriores, que habían subsistido bajo el nuevo marco administrativo provincial. Se trataba entonces de reconocer estas áreas homogéneas precedentes para revitalizarlas. Más complicado

(71) Por eso no es del todo convincente la aseveración de Regina Polo de que Azcárate, al tratar en 1877 del *selfgovernment* y censurar la centralización, aun utilizando el concepto de autonomía, lo hacía « sin concebirlo como categoría independiente, y, por consiguiente, sin teorizar sobre su esencia », cuando, en realidad, ya en esas fechas se adscribía plenamente al concepto krausista de autonomía, aplicado después a la noción de autonomía del municipio como persona social: *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional*, Madrid, Dykinson - Universidad Carlos III, 2014, pp. 172-173.

era, sin embargo, el asunto regional, sobre todo por su relación con la « unidad necesaria del Estado ».

En efecto, para Azcárate, al tratar de la personalidad y autonomía de la región, entidad intermedia « entre la nación y el municipio », el objetivo inexcusable era hacer compatible su reconocimiento y existencia con « la soberanía del Estado ». Para ello se detenía en las diversas « esferas del Derecho » que podían tener un cariz propio en el ámbito regional. Descartando el penal y procesal, que debían ser nacionales, identificaba la controversia en los casos del administrativo y el privado. Era en éste último donde tenía mayor sentido el reconocimiento de la sustantividad de la región como persona jurídica, pero no tanto en el administrativo, pues no cabía confundir « regionalismo con descentralización administrativa ». Lo crucial en este último aspecto no era tanto conferir competencias administrativas a las regiones, como el hecho de dotar « a la administración, siempre que sea posible, de una organización social y corporativa, en vez de la unitaria y burocrática que tiene ». La autonomía política de la región, no entraba, pues, a la altura de 1899, en los planteamientos de uno de los más insignes autores krausistas.

Conclusión.

He pretendido dar cuenta en estas páginas de la sistemática jurídica propuesta por el krausismo español a fines del siglo XIX. Como ha podido comprobarse, la viga maestra de toda su arquitectura descansaba sobre la idea de autonomía de la persona, tanto individual como colectiva, estando ambos extremos en mutua e inseparable relación. De todos modos, aquel periodo estuvo marcado, en el campo jurídico-político, por la polémica entre varias corrientes, y, en cierto sentido, las restantes direcciones de pensamiento estuvieron también marcadas por la idea de autonomía. Contra todas ellas argumentó el krausismo. Abundaban, por ejemplo, los autores tradicionalistas, que añoraban la restauración de la sociedad corporativa medieval, con sus gremios y ciudades libres, integradas jerárquicamente y por su común participación en el dogma religioso. Pese a compartir la reivindicación del autogobierno

de las corporaciones frente al Estado central, el valor preliminar que los krausistas concedían al individuo y su autodeterminación marcaba las distancias ⁽⁷²⁾. Más ubicados en el campo de la política que en el de la ciencia jurídica, figuraban también los federalistas y demócratas, que apostaban por construir la sociedad política sobre pactos voluntarios y federativos, sellados primeramente entre individuos y localidades hasta llegar a la articulación del propio Estado nacional. También en su caso resultaba capital la idea de autonomía individual y colectiva. Más próximos a esta corriente que a la tradicionalista, los autores krausistas solían marcar expresamente las diferencias. Los separaba del federalismo su convicción de que las relaciones jurídicas, y la constitución de los organismos sociales, no se basaban en ningún caso en la voluntad ni en el contrato, sino en la necesidad impuesta por la naturaleza.

Ni unos ni otros, ni tradicionalistas, ni krausistas, ni mucho menos los federalistas, constituían la doctrina oficialista mimada por el poder. La corriente mayoritaria, aquella que daba sustento cultural a la Restauración, al menos hasta final del siglo XIX, era precisamente la doctrinaria, a la que realmente disputaba el krausismo la hegemonía en todos los órdenes culturales. Contra los usos convencionales, he denominado a este sector del pensamiento como «catholicismo liberal» o «liberalcatolicismo», por conciliar en su interior las máximas del liberalismo económico individualista con el dogma católico en su versión más integrista y politizada. Lo revelador es que también esta escuela, a su modo, hacía descansar sus planteamientos sobre el principio de autonomía, entendido en un doble sentido: como libre albedrío del individuo, que le facultaba para hacer el mal, y como inmunidad de la propia vida y de la propiedad privada frente a las intromisiones de terceros y del poder estatal ⁽⁷³⁾.

Por último, fuera ya del campo elitista de la ciencia jurídica, pero vigente en el espacio político, y aún en muchos aspectos al

⁽⁷²⁾ Ya lo recordaba, frente a Carlos Ollero y Enrique Tierno Galván, el propio Díaz en su *Filosofía social del krausismo español*, cit., p. 205.

⁽⁷³⁾ La obra de mayor difusión y que mejor plasma este modelo teórico-jurídico es la de Luis MENDIZÁBAL MARTÍN, *Elementos de Derecho Natural*, Zaragoza, Tip. Emilio Casañal, 1903-4³, 2 vols.

movimiento federalista-demócrata, encontramos también otra reivindicación radical de la autonomía individual y colectiva, la del movimiento obrero en su acepción anarquista y sindical. Su propósito teórico no consistía sino en la conquista del gobierno de los individuos sobre su propio cuerpo, interferido entonces por las prescripciones religiosas, sobre sus propias relaciones en la esfera pública, determinadas por un Estado que consideraban falta de representatividad, y sobre su trabajo, secuestrado por una organización de la economía que los condenaba a la sumisión permanente al poder privado y confiscatorio del propietario y patrono.

Cabría preguntarse para concluir cuál de estas corrientes formuló entonces un concepto de autonomía que todavía pueda servir para prestar fundamento al Estado constitucional y democrático. Parece que cada día cobra más relevancia la que abogaba por la autonomía de la propiedad privada y del mercado como directriz y límite inapelable de la política y del derecho. Resulta, sin embargo, discutible que esta acepción sea la más adecuada para legitimar con solidez una cultura de los derechos. El discurso de los krausistas, que apela a la responsabilidad individual, recuerda los deberes de cooperación con los demás que nos atañen a todos y subraya la importancia de aspirar a la humanización de las relaciones sociales, combatiendo su creciente cosificación por obra de la competencia económica, puede describir un hilo rojo que en el itinerario español lleva, a juicio de algunos autores (74), desde el programa de la Institución Libre de Enseñanza al propio régimen constitucional. Ahora bien, su marcado organicismo, y, sobre todo, su idea de un orden armónico de carácter ontológico, que las personas con sus actos deben ir realizando y desplegando, choca con una comprensión moderna de la política, que no la entienda predeterminada por tendencia inmanente alguna. En tal sentido, solo la idea de autonomía como capacidad de autodeterminación individual y colectiva frente a principios considerados por el poder hegemónico como naturales e inamovibles puede seguir sirviendo en una democracia constitucional. El krausismo, con su gobierno por la opinión pública, se aproximó desde luego a esta noción, pero solo resultó

(74) E. DÍAZ, *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Madrid, Trotta, 2009.

plenamente secundada a las afueras del campo del derecho por los sectores populares, los más afectados por la determinación heterónoma de su propia vida. Como muestra la obra de Cornelius Castoriadis, acaso sean estas experiencias de autonomía realizadas en la historia por los colectivos trabajadores las que todavía hoy puedan servir de ejemplo para, contra la teología neoliberal, continuar aspirando al pleno autogobierno, individual y colectivo.

FABRIZIO DI MARZIO - FRANCESCO MACARIO

AUTONOMIA DEI PRIVATI E DISCIPLINA DELL'INSOLVENZA

1. Un quadro d'insieme. — 2. Il codice napoleonico e la statualizzazione del diritto fallimentare. — 3. Il concordato amichevole di fallimento nel codice di commercio del 1882. — 4. La compressione dell'autonomia negoziale nella visione statalistica e corporativa della legge del 1942. — 5. La rivalutazione dell'autonomia nella riforma del diritto della crisi d'impresa. — 6. Negozialità e giurisdizione: il contratto sulla crisi d'impresa e la nuova autonomia 'assistita'. — 7. Il ruolo delle categorie e dei principî nella ridefinizione del sistema della responsabilità patrimoniale.

1. *Un quadro d'insieme.*

La funzione dell'autonomia privata nel diritto dell'insolvenza è diventata materia d'indagine nella scienza giuridica italiana soltanto nell'ultimo decennio, a seguito delle profonde innovazioni legislative, avviate a partire dal 2005 e tuttora in corso. Si è ampiamente sviluppata all'insegna di quella che, per alludere al rilievo assunto dall'autonomia privata nelle discipline della crisi d'impresa, è stata indicata come « privatizzazione dell'insolvenza » ⁽¹⁾. L'affermarsi dell'autonomia privata nel diritto della crisi d'impresa ne condiziona infatti in maniera determinante la ricostruzione: che risponderà ai principî e alle regole di cui la formula è sintesi ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr. B. LIBONATI, *Crisi societarie e governo dei creditori*, in « Diritto e giurisprudenza », 2007, p. 10 e ss.; A. NIGRO, « Privatizzazione » delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, Utet, 2007, p. 1 e ss.; L. ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Padova, Cedam, 2010, p. 38 e ss.

⁽²⁾ Cfr. E. HAPPE, *Die Rechtsnatur des Insolvenzplans*, München, Beck, 2004, spec. p. 115 e ss.; L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, München, Beck, 2007⁴, p. 794; F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2011.

Va da sé che l'esperienza passata non avrebbe mai potuto trascurare del tutto le inevitabili commistioni tra le iniziative dei privati — riconducibili all'esercizio *lato sensu* della libertà economica — e la gestione dell'insolvenza affidata a soluzioni coattive di natura procedurale, emblemizzate nella procedura di fallimento. La percezione più immediata, tuttavia, è nel senso che, sin dalle origini della regolamentazione giuridica delle vicende sfortunate (perciò, sinteticamente, definite 'fallimentari') dell'imprenditore, le declinazioni dell'autonomia privata nella situazione d'insolvenza non riuscissero a emanciparsi da un pesante alone di ambiguità, dovuto alla difficoltosa compresenza (e commistione) di interessi privati e strumenti giuridici di realizzazione degli stessi ricavati, piuttosto che dal diritto civile, dal sistema sanzionatorio del diritto penale ⁽³⁾. Di qui, il carattere fondamentale — si sarebbe tentati di dire, in quel contesto, anche naturalmente — 'pubblicistico' della disciplina dell'insolvenza riferita all'attività di commercio.

A ben vedere peraltro, e a dispetto di quanto potrebbe apparire osservando la produzione legislativa, il diritto della crisi d'impresa non si è mai esaurito nel diritto fallimentare (in senso stretto, ossia della procedura fallimentare), né nel più comprensivo ambito del diritto concorsuale, da intendersi come disciplina delle procedure concorsuali ⁽⁴⁾. I sistemi regolamentari che compongono e connotano questi tradizionali settori dell'ordinamento si spiegano esclusivamente in procedure: amministrative e/o giurisdizionali. In questi insiemi, pertanto, non può essere esaustivamente ricompresa l'area occupata da quelle che l'uso invalso denota come 'soluzioni concordate della crisi d'impresa': trattandosi di un ambito eterogeneamente composto non solo di procedure ma anche di accordi; in cui gli uni e le altre si articolano secondo schemi di successione

⁽³⁾ Cfr., a titolo di esempio, A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Torino, Hoepli, 1884, p. 318 e ss.; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, Cedam, 1964, p. 118 e ss.

⁽⁴⁾ Sulla unanime opinione circa la natura prevalentemente processuale del fallimento cfr., per tutti, F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 1974³, p. 64 e ss. È significativo che un autore avesse intitolato, nel vigore del codice di commercio del 1882, la trattazione al « processo di fallimento »: Au. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, Cedam, 1939².

temporale o di contestualità; in cui l'accordo è isolato dalla procedura, ma concluso in vista della procedura stessa oppure è raggiunto nella procedura, e affiancato a strumenti diversi, come la deliberazione a maggioranza. Infine, ed è quanto più importa, in questa famiglia di accordi e procedure lo stato oggettivo in cui versa l'impresa non è l'irreversibile insolvenza ma la situazione, molto più sfumata, del pericolo di insolvenza, dell'insolvenza reversibile, in una parola, della 'crisi', ove peraltro la condizione del soggetto debitore (l'insolvenza) rileva in quanto sia più ampiamente collocata nel contesto in cui matura (l'attività d'impresa) ⁽⁵⁾.

Nella sua indeterminatezza e nella minore gravità, stando alla percezione e all'analisi delle scienze economico-aziendali, rispetto all'insolvenza, la crisi si presenta come un problema accusato dall'impresa nel suo svolgersi. La dimensione del 'problema' giustifica l'approccio, tanto della prassi quanto (con modalità diverse nel tempo) del legislatore, in termini di 'soluzione'; il metodo perseguito per attingere al risultato è la negoziazione; la soluzione, infine, è stata storicamente ricercata, prima che nelle esecuzioni coattive individuali e collettive, in variegate forme di accordo (comprehensive delle fattispecie concordatarie) ⁽⁶⁾.

Se si riflette sul fatto che l'attività d'impresa è attività relazionale, immancabilmente destinata a svolgersi in un contesto — riassumibile nell'espressione generale che fa capo all'ampio e polisensu concetto di 'mercato' — in parte dato e in parte in formazione (perché si arricchisce costitutivamente di quella attività) e se si

⁽⁵⁾ Per una ricostruzione storica, si vedano i contributi di P. DE VINCENTIS, voce *Insolvenza colpevole*, in *Digesto italiano*, XIII, Torino, Utet, 1902-1906, p. 1202; A. PATRIOLI, voce *Decozione*, ivi, IX, Torino, 1887-1898, p. 649; nonché la trattazione manualistica di L. BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, Torino, Utet, 1925, p. 545; e quella parimenti autorevole di G. BONELLI, *Del fallimento. Commento al Codice di Commercio*, Milano, Vallardi, I-III, 1926, I, 3 ss.; in tempi più recenti: R. PROVINCIALI, voce *Insolvenza (effetti civili)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, XXI, 1971, p. 781; G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in «Giurisprudenza commerciale», 1996, I, p. 82. Per uno sguardo d'insieme, cfr. F. DI MARZIO, voce *Crisi d'impresa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 503 e ss.

⁽⁶⁾ Sintetizza A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1902, p. 36: «Il concordato dunque sorse dalla consuetudine e trovò riconoscimento legislativo negli statuti delle città italiane».

considera, inoltre, che nel mercato l'attività d'impresa si svolge ed è condotta nel senso della selezione concorrenziale; se si constata, pertanto, che prosperità e crisi costituiscono evenienze fisiologiche di questa attività, ricorrenti in alternativa e in successione, a prescindere da qualsivoglia univocità di percorso; si comprende agevolmente, proprio alla luce di questi dati preliminari, come nella relazione di mercato, tra imprese e tra imprese e consumatori, la crisi dell'impresa condizioni frequentemente tale relazione, che finisce per assumere specifiche conformazioni, si fa incerta e frammentaria o si interrompe del tutto. La crisi può divenire essa stessa l'oggetto della relazione di mercato: cosicché il dialogo tra debitore e creditori si realizza, nel tentativo di raggiungere l'accordo, proprio sulla crisi, concepita come problema da risolvere preferibilmente in via negoziale.

L'applicazione delle disposizioni novellate, con la creazione che ne consegue del nuovo diritto, avviene pur sempre nella dimensione storica: è dunque inevitabilmente debitrice di consolidate mentalità (7). Nel nostro caso, di mentalità diffidenti, se non apertamente ostili, all'esercizio della libertà negoziale nei contesti della crisi e dell'insolvenza.

L'*excursus* storico che si tenterà di sintetizzare nelle pagine seguenti potrà risultare d'ausilio per comprendere meglio lo sfondo in cui va oggi collocata e attuata, da parte di interpreti e operatori, la nuova (in realtà, nuovissima, per lo spirito che la anima) normativa, maturata e tutt'ora *in fieri* all'insegna di una decisa rivalutazione del ruolo dell'autonomia in una materia così delicata, come quella della responsabilità patrimoniale e delle procedure per la realizzazione coattiva del credito.

Nei tempi che sinteticamente e genericamente possono indicarsi 'medioevali', ossia alle origini di quello che comunemente s'intende come diritto fallimentare, quest'ultimo era prodotto dagli statuti delle corporazioni mercantili e dagli statuti comunali; funzionò nell'esclusivo interesse dei creditori e si modellò in forma di

(7) Ricorda P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma e Bari, Laterza, 1997³, p. 12, che la discontinuità del presente rispetto al passato non esclude « il filo che da oggi corre sicuro e ininterrotto a ritroso alla ricerca di radici spirituali: un *continuum* che è continuità spirituale e non riguarda mai né la polvere né i cocci del passato ».

strumento posto nelle loro mani. A questa conclusione conducono, esemplarmente, le regole più cruento all'epoca in voga, espressione del rilievo penalistico dell'insolvenza e relative: al potere dei creditori di trarre in arresto il fallito e i suoi collaboratori; alla tortura del fallito per persuaderlo ai pagamenti; al bando del fallito dalla città. Gli accordi del fallito con i propri creditori si consumarono sempre su di un crinale incerto, letteralmente ai confini della legalità, con la tolleranza, ma mai la piena approvazione, del pubblico potere ⁽⁸⁾.

Un momento di forte discontinuità, nella prospettiva storica, è rappresentato anche in questa materia dall'età delle codificazioni, avviatasi nella Francia di inizio Ottocento. Se già nelle classificazioni dei giuristi dell'assolutismo monarchico il diritto commerciale inizia ad essere concepito non più come diritto dei privati, bensì come diritto pubblico — in altri termini, « diritto arbitrario », posto dalla legge dello Stato e perciò contrapposto al diritto romano, ossia al diritto razionale e naturale ⁽⁹⁾ — fu proprio nella codificazione napoleonica che si manifestò compiutamente la pretesa egemonica e in un certo senso 'assolutistica' dello Stato sul diritto: giungevano a maturazione, per così dire, gli esiti della dottrina mercantilistica e dei suoi esemplari prodotti normativi costituiti dalle ordinanze del commercio del 1673 e della marina del 1681 ⁽¹⁰⁾.

Ciò determinò un poderoso fenomeno di pubblicizzazione anche del diritto commerciale, e della falange costituita dalla disciplina del fallimento. Il tenore penalistico delle discipline, attutitosi ma mai completamente evaporato nel corso dei secoli, si espanse dalla natura della legislazione alla moltiplicazione degli interessi protetti. Alla tutela dei creditori si affiancò, soverchiandola, l'interesse all'affermazione statuale del diritto nel trattamento da riservarsi al fallito. La pubblica esigenza della condanna e della punizione del fallito furono risolutamente perseguite, a prescindere dalla

⁽⁸⁾ Cfr. ancora SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., p. 118 e ss.

⁽⁹⁾ Cfr. G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle 'Loix civiles' di Jean Domat*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1979, p. 136 e ss.

⁽¹⁰⁾ A testimonianza dello spirito dell'epoca sia sufficiente il richiamo all'opera, esemplare, di J. SAVARY, *Le parfait négociant ou Instruction générale pour ce qui regarde le commerce [...]*, Paris, 1675; invece, per un quadro di storia economica cfr. B. SUPPLE, *La natura dell'impresa*, in *Storia economica Cambridge*, V, *Economia e società in Europa nell'età moderna*, Torino, Einaudi, 1978, p. 459 e ss.

compatibilità di tali superiori finalità con l'interesse dei creditori, spesso e volentieri sacrificato sull'altare della severità nelle sanzioni⁽¹¹⁾.

Proprio nella codificazione commerciale italiana si registrò una ricezione critica ed intelligente del modello francese, attenta a smussarne le asperità per massimizzare le finalità privatistiche dell'istituto fallimentare, in special modo la realizzazione dell'interesse dei creditori⁽¹²⁾. E tuttavia, anche per conseguenza dell'ideologia corporativa — all'origine, si ricorderà, della legge fallimentare del 1942, scritta in coerente continuità con la mentalità repressiva e sanzionatoria che caratterizzò la codificazione francese — oltre che per l'immobilismo del legislatore nei sessanta anni successivi, fino a qualche tempo fa l'esperienza italiana si caratterizzava per una legislazione fallimentare decisamente severa verso i falliti e chiusa alle istanze dell'autonomia privata.

Eppure nell'età contemporanea, il rilievo assunto dall'impresa — nella concezione depurata dei profili soggettivi insiti nella figura dell'imprenditore e considerata oggettivamente come azienda, come centro di produzione — favorisce ripensamenti sugli obiettivi della legislazione: la tutela dei creditori e l'interesse pubblico all'ordinato svolgimento dei rapporti economici. In particolare, appare ormai acclarato che quest'ultimo non può più essere assicurato dalla sanzione del fallito, cadendo in discussione non solo il destino di quello, ma anche il destino dell'impresa.

Le ideologie della c.d. 'ristrutturazione' della situazione debitoria⁽¹³⁾ conformano gli istituti tradizionali e ne suscitano di nuovi. La dimensione mercantile in cui si realizza l'attività economica implica un ritorno in auge dell'autonomia privata. La massimizza-

⁽¹¹⁾ Cfr. L. MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento tra Antico Regime e codificazione commerciale*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra basso medioevo ed età moderna*, a cura di A. Legnani Annichini e N. Sarti, Bologna, Bononia University Press, 2011, p. 81 e ss.

⁽¹²⁾ Come testimonia la sensibile attenuazione della gravità delle conseguenze personali del fallimento. Cfr. G. BONELLI, *Del fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, I-III, Milano, Vallardi, 1923, I, p. 365 e ss.

⁽¹³⁾ Per una recente ricostruzione del fenomeno cfr. F. DI MARZIO, voce *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 808 e ss.

zione degli obiettivi di un recupero liberale dell'impresa al mercato attraverso il positivo giudizio dei creditori sull'attività si manifesta non solo nell'esperienza dei concordati preventivi, ma anche nella pratica degli accordi per la ristrutturazione dei debiti. Ed è soprattutto nell'ambito di questi ultimi che si mostra la particolarità del caso italiano: la riforma fallimentare avviatasi nel 2005 ha infatti introdotto gli istituti, nuovi, dei contratti protetti per il superamento della crisi d'impresa (piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti), in cui l'autonomia privata può essere esercitata entro binari, anche procedurali, stabiliti dal legislatore, ma secondo il modello del consenso contrattuale. Sul punto di dovrà tornare, con maggiore diffusione, ma è opportuno ricordare sin d'ora che la vocazione alla legislazione sui contratti d'impresa si era manifestata già nel codice commerciale del 1882, in cui figurava l'istituto del concordato amichevole, che, formandosi sul consenso dei creditori alla proposta del debitore, non integrava una figura concordataria (dove la proposta del debitore è assoggettata a una approvazione per deliberazione maggioritaria da parte dell'assemblea dei creditori), bensì un vero e proprio contratto.

In questo lavoro si tenterà di tratteggiare quattro scenari sulla autonomia privata nel fallimento. Uno scenario delle (rinnovate) origini: in cui il diritto fallimentare si scopre moderno perché declinato in maniera autoritativa a tutela non soltanto dei creditori ma anche di quella che, con una espressione che ebbe fortuna, si chiamò « pubblica vendetta » (*vengeance publique*)⁽¹⁴⁾. Uno scenario successivo, del fallimento nel Regno d'Italia in cui alla severità della punizione si affianca, e in significativa misura si avvicenda, la libera contrattazione tra fallito e suoi creditori. Di seguito, uno scenario costituito dalla lunga stagione di mezzo della legge fallimentare nella versione del 1942, in cui l'autonomia privata conobbe un rinnovato inverno, per così dire, con il rinvigorirsi delle istanze pubblicistiche in seguito all'affermarsi dell'ideologia corporativa. Infine, lo scenario attuale: in cui la domanda sulle possibilità e sui limiti dell'esercizio dell'autonomia privata nei contesti di insolvenza

⁽¹⁴⁾ Cfr., per es., D. DALLOZ, *Giurisprudenza di fallimenti, delle bancherotte, e della decozione*, Firenze, Pier Vincenzo Battelli e figli, 1833, cap. I, sez. II, art. III, p. 215 e ss.

assorbe in ampia misura la domanda su quello che fu il diritto fallimentare.

2. *Il codice napoleonico e la statualizzazione del diritto fallimentare.*

Come emerge chiaramente dalla lettura dei lavori preparatori⁽¹⁵⁾, nel codice napoleonico del 1807 — suscitato proprio dall'esigenza, e dall'emergenza, di reprimere gli scandali che scoppiavano numerosi nelle vicende fallimentari — l'obiettivo primario della disciplina fallimentare contenuta nel libro III è nella punizione del fallito, comminata con l'arresto immediato a cagione dell'insolvenza, a prescindere dal dolo di fallimento e dunque dal rilievo penale delle condotte del commerciante⁽¹⁶⁾. Oltre all'affermazione della pubblica vendetta, necessaria a riportare ordine nel commercio, finalità importante dell'arresto del fallito era — sulla scia delle legislazioni storiche — quello di indurlo a collaborare con giudici e creditori, così da facilitare le operazioni del fallimento e ridurre il danno dell'insolvenza. Disposto perciò l'arresto, il tribunale di commercio può giudicare in seguito il fallito meritevole di un salvacondotto e rimetterlo in libertà (artt. 466-469). In questa prospettiva, il fallito che non suscita nessun sospetto di bancarotta può accedere al beneficio del concordato (artt. 519-526); « trattato fra creditori deliberanti e fallito » che, se omologato, gli consentirà di essere riabilitato.

Era così ribadita la finalità tradizionale del fallimento, inteso alla tutela dei creditori⁽¹⁷⁾; ma a questa finalità se ne sovrapponeva

⁽¹⁵⁾ Disponibili in J.G. LOCRIÉ, *Legislazione civile commerciale e criminale, ossia commentario e compimento dei codici francesi*, XII, Napoli, Ciolfi, 1843.

⁽¹⁶⁾ Si realizzava così una convinzione dello stesso Napoleone che, nelle sedute del Consiglio di Stato sul codice di commercio (riportate in *ivi*, spec. p. 277 e ss.) difese strenuamente e infine impose un trattamento da pugno di ferro per tutti i falliti (v. anche le osservazioni di B. COLSON, *Napoléon et l'élaboration du Code de commerce (1805-1807)*, in *Liber Amicorum Michel Coipel*, sous la coordination de Y. Poulet, P. Wéry, P. Wynants, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 3 e ss.).

⁽¹⁷⁾ A tal riguardo, sulla sostanziale continuità tra legislazioni statutarie, ordinanza di commercio e codice napoleonico cfr. A. ASQUINI, voce *Codice di commercio*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 250 e ss.

un'altra, in cui si affermava la stessa identità dello Stato: la punizione pubblica e il pubblico disonore per chi fallisce (18). Non è un caso che, nella seduta del consiglio di Stato del 28 luglio 1807, dedicata ai lavori sul codice di commercio e tenuta sotto la presidenza di Napoleone, l'Arcicancelliere richiamasse le esigenze di giustizia che avrebbero suggerito di risparmiare l'arresto all'innocente. L'Imperatore è però irremovibile, argomentando che anche chi uccide un uomo accidentalmente, come per esempio nella caccia, è subito arrestato; nella consapevolezza che se resterà innocente, verrà poi assolto. In tutti fallimenti, secondo Napoleone, vi è « un corpo di delitto, perché il fallito reca un torto ai suoi creditori »; pertanto, per il solo fatto del fallimento si deve essere sottoposti all'arresto provvisorio. Vanamente l'Arcicancelliere segnala che una disciplina così severa potrebbe ritorcersi in danno degli stessi creditori. Napoleone obietta che i creditori pensano soltanto al loro interesse, e non alla necessità di ristabilire l'ordine. L'arresto del fallito serve proprio ad impedire che egli faccia del fallimento una specie di trionfo, piuttosto che subirlo come una disgrazia. L'arresto, senza implicare una condanna per il fallito (la quale presuppone l'accertamento del delitto di bancarotta) vale come misura provvisoria, utile finché si tratta di indagare quali siano le vere ragioni del fallimento. Ma serve, soprattutto, a porre il fallito in una « umiliazione conforme allo stato della sua fortuna, e che veniva a lui impressa dagli antichi costumi. Il carcere, anche quando non doves-

(18) Una sanzione sociale, quella della pubblica gogna, certo non nuova nella storia del commercio e della sua regolamentazione, sul piano sociale e giuridico. Cfr. G. MASI, *La pittura infamante nella legislazione e nella vita del Comune fiorentino (sec. XIII-XVI)*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, Società editrice del foro italiano, 1931, 627-657 e, nella letteratura recente, il quadro di sintesi di G. PORTALE, *Dalla « pietra del vituperio » alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 3-18. Sulle mentalità sviluppatesi intorno a questi rimedi può rileggersi I. TREIMAN, *Acts of Bankruptcy: A Medieval Concept in Modern Bankruptcy Law*, in « *Harvard Law Review* », (52/2), 1938, pp. 189-215 e, nella letteratura meno risalente, più in generale, F. MIGLIORINO, *Fama e infamia: problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, Editrice Giannotta, 1985.

se durare che un'ora sola, produrrebbe un tale effetto » (19), enormemente amplificato per il commerciante onesto caduto nell'insolvenza e perciò distrutto definitivamente nella reputazione.

L'importanza di questa posizione si coglie valutandone le conseguenze sistematiche. Per assicurare al fallito un trattamento umiliante, per condannarlo in ogni caso all'infamia quand'anche si dovesse assolverlo dal delitto, il sistema del codice sopporta una grave contraddizione interna. La difficoltosa conquista culturale della distinzione tra bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e fallimento incolpevole, maturata nel corso dei secoli, è nuovamente contrastata dalla sostanziale e sommaria equiparazione tra fallimento e delitto.

L'apparente superamento dell'antinomia è affidato al tentativo di cogliere, nella repressione del delitto fallimentare, la preservazione non soltanto dell'interesse pubblico ma anche dell'interesse dei creditori. « Un delitto è stato commesso », spiega il signor de Ségur — consigliere di Stato e oratore del governo — contro il credito e la proprietà. Da che l'oggettiva plurioffensività — diremmo con linguaggio penalistico — del fallimento. Se il fatto è dipeso da una disgrazia, il fallito non dovrà essere perseguitato ma protetto; finché questo esame non sia condotto, il delitto giustifica l'arresto: e spetterà al fallito di dimostrare la sua innocenza (20).

Posto che, in questo campo, la conquista dell'illuminismo si consumò nella semplice desuetudine della pena di morte, non più contemplata nel *code pénal* del 1791 — si noti, nemmeno per punire il bancarottiere fraudolento — si può ritenere che questo progresso non fosse idoneo a scalfire l'idea medievale, sottesa al codice di commercio, secondo la quale nessuna differenza sostanziale potesse ravvisarsi nel fallimento tra delitto e sventura (21). Sull'altare della severità indistinta si sacrificano gli interessi del ceto dei creditori, che però — fa ancora notare il signor de Ségur — si preoccupa « più

(19) Cfr. LOCRÉ, *Legislazione*, cit., p. 278.

(20) Ivi, p. 312.

(21) Sulla contrapposizione tra delitto e sventura nelle mentalità sul fallimento cfr. l'indagine storica di U. SANTARELLI, *Il fallimento: delitto o sventura?*, in *La giurisprudenza fallimentare*, cit., pp. 13-20.

della sua proprietà che non della vendetta » (22). Insieme all'interesse dei creditori si sacrificano elementari sentimenti di giustizia. Sottoposto ai rigori del codice teorizza dunque l'onesto e sfortunatissimo César Birotteau:

Io vorrei, — disse il profumiere — un tribunale formato da giudici inamovibili, con un pubblico ministero, che giudicasse secondo la procedura penale. Dopo un'istruttoria, durante la quale un giudice dovrebbe adempiere seduta stante alle attuali funzioni dei curatori, sindaci e giudici-delegati il negoziante dovrebbe essere dichiarato fallito riabilitabile o bancarottiere. Se fallito riabilitabile, sarebbe tenuto a pagare fino all'ultimo centesimo e in tal caso sarebbe il custode dei propri beni e di quelli della moglie; perché i diritti, le eredità spettanti a lui apparterrebbero ai suoi creditori; egli amministrerebbe per conto loro e sotto sorveglianza; infine, continuerebbe i suoi affari firmando tuttavia tal dei tali, fallito, fino alla completa estinzione dei debiti. Se bancarottiere, sarebbe condannato, come usava una volta, alla berlina nella sala della borsa, esposto per due ore, col berretto verde sul capo. I suoi beni, quelli di sua moglie e i suoi diritti passerebbero ai creditori, ed egli sarebbe bandito dal regno (23).

In questo clima culturale viene elaborata la disciplina del concordato, in cui gli interessi dei creditori dovrebbero ricevere la massima attenzione. Ma il concordato presuppone, perché possa iniziare la relativa procedura, la dichiarazione di fallimento e l'apposizione dei sigilli. Nessun concordato può essere proposto prima che siano compiute tutte le operazioni preliminari volte a ricostruire la consistenza del patrimonio del fallito, ad acquisire le attività e ad accertare lo stato passivo. Il fallito potrà accordarsi senza dubbio con alcuni creditori, ma il contratto non produrrà effetti estensibili ai creditori estranei. Perché la volontà della maggioranza possa vincolare la minoranza dissenziente occorre che tutto sia messo in chiaro: così da escludere in radice qualsiasi rischio di frode da parte

(22) Cfr. LOCRÉ, *Legislazione*, cit. p. 311.

(23) Cfr. H. DE BALZAC, *César Birotteau* (1837), Roma, Editori Riuniti, 1959, p. 167. Tra i difetti che a suo giudizio pregiudicano il codice di commercio, Dalloz denuncia la presunzione di delitto contro il fallito e l'arresto provvisorio, misura che « non è propria che a indurlo a sottrarsi con la fuga ad una sì grande umiliazione. S'egli è colpevole, la misura diviene inutile giacché avrà saputo, prima che il fallimento sia stato conosciuto, mettersi al sicuro dalle molestie della giustizia. S'egli è innocente, la misura riesce ingiusta, e senza vantaggio per i creditori; poiché l'abbandono che il fallito fa dei suoi beni fa cessare, deve necessariamente far cessare, ogni mandato d'arresto » (DALLOZ, *Giurisprudenza*, cit., cap. I, p. 9).

del fallito (che nasconda attività o esponga crediti inesistenti) (24). Il concordato presuppone il fallimento; non serve ad evitare, pertanto, l'arresto provvisorio del fallito, e non riscatta l'umiliazione.

Il codice lascia tuttavia spazio alla cessione dei beni (artt. 566-575), che poteva essere richiesta al tribunale dal fallito (nella forma giudiziale) e poteva costituire oggetto dell'accordo tra il fallito e i suoi creditori (nella forma della cessione volontaria). Tra i benefici della cessione spicca la possibilità della sospensione della procedura eventualmente iniziata. L'effetto più importante della cessione è di sottrarre il debitore all'arresto; la liberazione verso i creditori presuppone, invece, che la cessione avvenga nelle forme volontarie e che inoltre sia acconsentita da tutti i creditori, senza che residuino dissensi. Trattandosi infatti di una fattispecie contrattuale, resta salva la relatività degli effetti e dunque l'intangibilità dei diritti dei creditori che non aderiscono al contratto (25). Con la riforma del 1838, venuta meno l'obbligatorietà dell'arresto del fallito, l'istituto della cessione perde tutto il suo interesse: essa non consente l'esdebitazione del fallito rispetto ai creditori dissenzienti e, richiedendo l'unanimità dei consensi, è pregiudicata dalla sua impraticabilità, ragione per cui se dispone l'abrogazione. Ma la dottrina non esita nel commentare immediatamente che deve ritenersi abrogata soltanto la cessione giudiziale; nessuna norma di legge potrebbe infatti vietare la cessione volontaria quale libero contratto tra fallito e i suoi creditori (26). Anche questa ovvia puntualizzazione testimonia la sopravvivenza, nonostante tutto, dei contratti tra fallito e creditori

(24) Cfr. DALLOZ, *Giurisprudenza*, cit., I, sez. VI, p. 320. In quel volgere di anni alcune legislazioni minori sono addirittura didascaliche sul punto. La legge sul concordato del cantone di Basilea del 18 dicembre 1810 stabilisce che nel caso di un concordato tra il fallito e i suoi creditori la minoranza sarà soggetta alla volontà della maggioranza soltanto a condizione che: sia stato prima dichiarato il fallimento, sia stato aperto il concorso e devoluta ai creditori la massa dei beni del fallito; sia stato redatto l'inventario dell'attivo e del passivo. In nessun caso potrà esservi concordato se il fallito non ha gestito ordinatamente la propria contabilità.

(25) Così riteneva anche il più illustre giuscommercialista dell'epoca: cfr. J.M. PARDESSUS, *Corso di diritto commerciale*, (1855⁶), recato dal francese in italiano per l'Avvocato Francesco Galiani, Napoli, Stabilimento tipografico, 1857, n. 1325, p. 418; in tal senso cfr. anche DALLOZ, *Giurisprudenza*, cit., I, sez. X, p. 237.

(26) Cfr. J. BÉDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes ou Commentaire de la Loi du 28 mai 1838*, XII, Paris, Rousseau-Aix, Makaire, 1879⁵, n. 849 quatuor, p. 450.

quale rimedio da sempre praticato per limitare i danni dell'insolvenza.

Quanto al codice, nonostante l'evidente vantaggio per i creditori, il concordato non è semplicemente circondato di cautele, ma è visto con palese sfavore. Mentre l'ordinanza di commercio, al fine di scongiurare l'ostruzionismo dei creditori dissenzienti, riteneva sufficiente per l'approvazione del concordato una maggioranza di somme pari ai tre quarti del dovuto (27), il codice richiede, in aggiunta, la maggioranza di teste. In un simile clima di sospetto, il concordato deve essere altresì sottoscritto, a pena di nullità, nella stessa seduta dell'assemblea dei creditori in cui è approvato. Si sterilizza, in tal modo, la prassi invalsa nella precedente legislazione della firma del concordato 'porta a porta'; una firma persistentemente richiesta dal fallito e non di rado concessa dal creditore, importunato a casa sua, soltanto per sbarazzarsi della fastidiosa insistenza. Tale *modus procedendi* appare ai redattori del codice non soltanto indecoroso, ma anche pericoloso, perché sottrae l'approvazione del concordato alla pubblica discussione in assemblea e favorisce così l'inganno dei creditori (28). Nemmeno l'approvazione dei creditori è sufficiente per l'adozione del concordato; l'ultima parola spetta infatti al tribunale di commercio: valutate le opposizioni dei creditori dissenzienti, quest'ultimo dovrà decidere se omologare o non il concordato. Soltanto l'omologazione del tribunale conferirà al concordato deliberato a maggioranza l'effetto della obbligatorietà per tutti i creditori (29).

Da questo momento in avanti, l'ultima parola sul concordato spetterà allo Stato. Come scrisse Gustavo Bonelli quasi centoventi anni più tardi, « il tribunale deve fungere da organo tutelare, appunto come fa di fronte alle deliberazioni del consiglio di famiglia

(27) Cfr. tit. XI, art. 6: « Les voix des créanciers prévaudront, non par le nombre des personnes, mais eu égard à ce qui leur sera dû, s'il monte aux trois quarts du total des dettes ».

(28) Cfr. BÉDARRIDE, *Traité*, cit., n. 24, p. 138; DALLOZ, *Giurisprudenza*, cit. I, sez. VI, p. 321.

(29) Cfr. BÉDARRIDE, *Traité*, cit., n. 562, p. 172.

d'un incapace, per rendersi conto della opportunità e serietà del contratto sottoposto al suo sindacato » ⁽³⁰⁾.

Sul versante del codice francese, le più significative innovazioni che la legge del 1938 apporta a questa disciplina sono: in primo luogo, l'obbligatorietà della convocazione dei creditori per la deliberazione del concordato fallimentare; in secondo luogo, la possibilità del concordato anche per il fallito che avesse commesso bancarotta semplice riportando la relativa condanna. Nemmeno il fallito accusato di bancarotta fraudolenta era pregiudizialmente escluso dal concordato, potendo giovare della sospensione della procedura concordataria finché non si fosse appurata la sua innocenza. Questo passaggio legislativo, stabilendo il primato del concordato (e quindi dell'interesse dei creditori), mentre si riduce proporzionalmente il rigore della pubblica vendetta, segna una battuta d'arresto al generale modo di considerare, evidentemente con sospetto e comunque diffidenza, i falliti. Per il resto, la disciplina del concordato assume una struttura articolata e definita, che conserverà in tutte le legislazioni suscitate o influenzate dall'esperienza francese. In primo luogo è compiutamente disciplinata l'assemblea dei creditori, alla quale il fallito che non sia in stato di arresto è tenuto a partecipare, potendo essere rappresentato da terzi soltanto in presenza di valide ragioni; una particolare attenzione è rivolta alla posizione dei creditori garantiti, i quali potranno anche votare il concordato rinunciando alla garanzia; una regolamentazione compiuta è poi riservata alla omologazione, agli effetti, all'annullamento e alla risoluzione del concordato.

Nella versione del 1807, la normativa recita: « Se non interviene alcun trattato, i creditori radunati formeranno a maggioranza dei presenti un contratto di unione, e nomineranno uno o più sindaci definitivi, ed un cassiere incaricato di ricevere le somme provenienti da ogni specie di esigenze » (art. 527). Nella versione del 1838, eliminato ogni ambiguo riferimento al contratto e dunque ad una fonte convenzionale dell'unione dei creditori è previsto che, se non si dà luogo al concordato, « i creditori si trovano di pieno diritto in stato di unione » (art. 529): la fonte dell'aggregazione è adesso

⁽³⁰⁾ BONELLI, *Del fallimento*, cit., III, p. 95.

scopertamente procedurale, nel senso che è lo stesso procedimento di fallimento a dar forma alla comunità (o, come usualmente si dice, 'massa') dei creditori. La detta « unione dei creditori » è istituzionalizzata nella legge che la organizza in organi distinti ⁽³¹⁾.

Forme di concordato caratterizzate da una minore ingerenza statale e pertanto maggiormente rispettose della volontà dei creditori sono invece disciplinate nel *Bankruptcy Act* inglese del 1869 e nel *Bankruptcy Act* statunitense del 1874, leggi che descrivono articolate procedure in cui la proposta è approvata dall'assemblea dei creditori a maggioranza semplice per teste e qualificata (due terzi) per somme, in tal modo esprimendo una diversa mentalità, emancipata per così dire dall'influenza della legislazione statale (secondo il modello italiano) per assumere forme in linea con una tutela dei creditori operate in sintonia con le ragioni del mercato (attraverso, dunque, un esercizio sorvegliato dell'autonomia privata) ⁽³²⁾.

3. *Il concordato amichevole di fallimento nel codice di commercio del 1882.*

Il limite in cui si imbatte il processo di statualizzazione del diritto fallimentare è nel contenimento dell'azione dei creditori, che non può spingersi oltre una determinata soglia, presidiata dall'antico rapporto tra il fallito e i suoi creditori e dall'ampissimo spazio di

⁽³¹⁾ Dichiarato il fallimento, la comunità dei creditori assume il massimo della definizione possibile. Disciplinata e soggettivizzata nelle forme dell'assemblea deliberante a maggioranza per l'approvazione del concordato, in caso di insuccesso o qualora nessun concordato sia proposto acquista una ulteriore caratterizzazione: prima attraverso un contratto di unione da cui sorge una organizzazione — non più, genericamente, una comunità ma una vera e propria 'società' — poi per legge e nell'ambito della procedura. Questa acquisizione sarà conservata e così ripetuta nelle legislazioni successive.

⁽³²⁾ Cfr. J. HOPBIT, *Risk and Failure in English Business 1700-1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 35 e ss.; L. MARKHAM LESTER, *Victorian Insolvency: Bankruptcy, Imprisonment for Debt, and Company Winding-Up in Nineteenth-Century England*, Oxford, Oxford University, 1995, p. 88 e ss.; C.J. TABB, *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, in « American Bankruptcy Law Journal », 65, 1991, p. 333 e ss.

autodeterminazione riconosciuto a costoro nel diritto statutario soprattutto nell'esperienza del concordato (*pactum concordiae*)⁽³³⁾.

Il codice francese impone il primato della pubblica vendetta ed irreggimenta l'autodeterminazione dei creditori nella griglia procedurale del concordato in sede di fallimento; ma questo non vale a scongiurare la pratica degli accordi tra debitore e creditori, costantemente condotti all'ombra del codice. Anzi, l'estremo rigore della legge e la mancanza di alternative per evitare la sanzione detentiva del debitore costituiscono il proverbiale terreno fertile per la pratica dei contratti tra fallito e creditori, in cui si tentava la composizione amichevole del debito con l'impegno dei creditori di non denunciare al tribunale di commercio l'insolvenza del fallito. Poiché, infatti, il codice richiedeva quale presupposto per il fallimento la cessazione dei pagamenti (art. 437), negoziare dilazioni e dunque giungere a una sospensione concordata dei pagamenti valeva ad escludere la dichiarazione di fallimento.

Uno dei più illuminati giuristi del tempo, Jean-Guillaume Locré, costruì su questa prassi e sulla distinzione tra la cessazione dei pagamenti e la semplice sospensione accordata dai creditori, la proposta di integrare in via interpretativa la disciplina codicistica prevedendo che il tribunale che dichiara il fallimento può disporre la sospensione della procedura se il patrimonio del fallito ha attivo superiore al passivo, propiziando un patto di dilazione e così neutralizzando l'opposizione strumentale dei creditori dissenzienti concedendo al fallito *lettres de répit*⁽³⁴⁾.

Il caso più famoso di convocazione che il fallito fa, con lettera circolare, di tutti i suoi creditori per deliberare tra di essi la

(33) Chi ha esaminato dettagliatamente la legislazione statutaria ha potuto constatare l'importanza della deliberazione della comunità dei creditori. Il momento centrale delle discipline è infatti sicuramente costituito dalle regole sulle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato. Il nucleo prescrittivo è nella regola generalissima secondo cui il concordato è approvato e stipulato per volontà della maggioranza dei creditori, computata per ammontare dei crediti e per teste (cfr. la ricostruzione di SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., p. 279 e ss. e, nella letteratura recente, di R. VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., p. 125 e ss.).

(34) Cfr. J.G. LOCÉ, *Esprit du code de commerce*, V, Paris, Chez Garnery, 1812, p. 21 e ss.

concessione di una dilazione, vide contrapposte due famiglie: i fratelli Barreau ai fratelli Renault. Questi ultimi, con lettera circolare del 9 dicembre 1808, convocarono i creditori per il successivo giorno 15 davanti ad un notaio per deliberare le condizioni di una dilazione dietro il pagamento integrale di tutti i debiti. L'accordo fu raggiunto, ma il 21 febbraio 1809 i fratelli Barreau, anch'essi creditori e tuttavia rimasti estranei all'accordo, presentarono al tribunale di commercio di Nevers domanda di fallimento. Il tribunale dichiarò il fallimento constatando lo stato di cessazione dei pagamenti. I fratelli Renault proposero appello; il 29 marzo 1809 la corte di Bourges diede loro ragione argomentando che mancavano gli usuali segnali dell'insolvenza costituiti dalla chiusura della bottega e dalla fuga del commerciante. Cosicché la semplice richiesta di proroga non poteva integrare prova dell'intervenuta cessazione dei pagamenti. Il 30 aprile 1810 la Corte di cassazione ribaltò la decisione, sostenendo che proprio l'accordo con i creditori per la dilazione dei pagamenti dimostrava lo stato di cessazione ⁽³⁵⁾. La decisione minava alla base la tesi di Locré sulla distinzione tra sospensione e cessazione dei pagamenti, e dunque su uno spazio di autonomia contrattuale in cui negoziare dilazioni ed evitare il fallimento.

Nonostante l'ostilità dei legislatori e la chiusura dei giuristi ⁽³⁶⁾, la pratica dei contratti di dilazione fiorì nel corso dell'Ottocento. Ne prese atto, con una norma innovativa — e, si disse, « di sfuggita » ⁽³⁷⁾ — il codice di commercio italiano del 1882. Stabiliva l'art. 830 che « in ogni stadio della procedura di fallimento può aver luogo un concordato tra il fallito ed i suoi creditori se tutti vi acconsentano ». Si precisava che « il curatore è tenuto a promuovere con ogni diligenza la conclusione del concordato » e si concludeva che « nel concordato si può convenire la cessazione o la sospensione

⁽³⁵⁾ I provvedimenti si leggono in DALLOZ, *Giurisprudenza*, cit., cap. I, sez. I, cit., p. 36 e ss. Il tentativo di un accordo con i creditori fu successivamente annoverato tra i sintomi dell'insolvenza anche in testi legislativi. Cfr., per es., il codice ungherese del 1842, che presume lo stato di insolvenza nel fatto del debitore di tentare un accordo stragiudiziale con i creditori.

⁽³⁶⁾ Cfr. le notizie in DALLOZ, *Giurisprudenza*, cit., cap. I, sez. I, art. I, cit., p. 18 e ss.

⁽³⁷⁾ E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, Hoepli, 1898, n. 8431, p. 4.

del processo commerciale di fallimento, ma non si può impedire la continuazione del procedimento penale ». Questo concordato fu detto ‘amichevole’ o ‘individuale’, per contrapporlo al concordato fallimentare, che aveva carattere giudiziale, dunque coattivo, e di massa. A differenza del concordato giudiziale, che si fondava sulla deliberazione maggioritaria dei creditori, oltre che sul provvedimento di omologazione del tribunale, il concordato amichevole si basava sul consenso di ciascun creditore alla proposta che gli veniva rivolta dal debitore. In luogo di un unico concordato vi era una pluralità di contratti individuali conclusi in vista dello scopo unitario e accomunante della composizione del debito. Il fallito poteva proporre a ciascun creditore condizioni particolari ottenendone il consenso. Si richiedeva soltanto che ciascuno fosse a conoscenza della proposta formulata e accettata dagli altri, senza la necessità di una convocazione dei creditori, non essendo prevista alcuna assemblea. Al fallito era dunque concesso di trattare anche singolarmente con ciascun creditore, secondo l’antica prassi fortemente combattuta dal codice napoleonico ⁽³⁸⁾.

L’essenza della figura era risposta nell’aggettivo. Il concordato è detto ‘amichevole’ perché stabilito concordemente non solo tra creditori ma tra questi e il comune debitore: davanti all’edificio del tribunale, e per non entrarvi ⁽³⁹⁾. Un contratto, insomma, non

⁽³⁸⁾ In realtà nel testo si sintetizza uno statuto del concordato amichevole frutto dei progressivi aggiustamenti conseguiti all’esito di un acceso dibattito nel quale erano rigorosamente rappresentate posizioni estremamente prudenti rispetto alla pratica dei contratti sulla crisi di impresa, le quali affermavano la necessità che il concordato amichevole, pur potendosi sviluppare per accordi separati, dovesse essere mostrato nel suo complesso a tutti i creditori, la cui adesione unanime si riteneva necessaria. Cfr., nella varietà di accenti, le posizioni di A. ROCCO, *Il concordato*, cit., p. 332; E. CUZZERI, *Del Fallimento*, in *Il codice di commercio commentato*, diretto da L. Bolaffio e C. Vivante, IX, commento rivisto da A. Cicu, Torino, Utet, 1927⁵, p. 568; A. NATI, *Del concordato con speciale riguardo al concordato stragiudiziale*, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1936, p. 211 e ss.

⁽³⁹⁾ « È facile intendere come il concordato amichevole sia preferibile a qualunque concordato giudiziale, perché meno l’autorità giudiziaria si impiccia negli affari privati, e più questi possono essere composti con soddisfazione comune e con minori spese » (VIDARI, *Corso*, cit., n. 8430, p. 3).

configurato dal codice e perciò innominato ⁽⁴⁰⁾. Il regime giuridico del concordato amichevole di fallimento non si trovava così nelle disposizioni fallimentari, ma nei principi generali sui contratti ⁽⁴¹⁾. Ed era proprio in questa conclusione la novità della figura. L'apertura del fallimento poteva dirsi sconfitta, nel senso della sua prevenzione, dall'autonomia privata. Nonostante le gravi incapacità che derivavano al fallito dal suo stato, egli non perdeva la libertà negoziale, con la sua massima espressione, insita nella capacità di concludere contratti.

Accanto alla possibilità del concordato, si stagiava la perdurante possibilità del contratto, che attraversava indenne l'evento traumatico del fallimento. Si affermava in dottrina: « Il principio regolatore del diritto *francese* è che, una volta dichiarato il fallimento, e passata in giudicato la relativa sentenza, nessuna convenzione tra il fallito e i creditori sia più possibile, se non nelle forme e condizioni dettate dalla legge pel concordato di massa »; la legge tedesca, in questo senso più progredita, si limita a prevedere « come causa di arresto del fallimento la rinuncia al concorso da parte dei creditori tutti » ⁽⁴²⁾. Il codice italiano, invece, stabilisce il primato del contratto, ossia la superiorità della convenzione amichevole rispetto al sistema imperativo del concordato fallimentare.

La possibilità del concordato amichevole nel fallimento si ispirava, legittimandone ulteriormente la diffusione, alla prassi del concordato amichevole 'prima del fallimento', da stipularsi con funzione s'è detto preventiva. Se infatti era possibile accordarsi amichevolmente quando già si era stati dichiarati falliti, a maggior ragione questa possibilità sussisteva prima della dichiarazione di fallimento: in quel momento la libera autodeterminazione del debitore e dei creditori non avrebbe subito alcun condizionamento procedurale. L'unico inconveniente avrebbe potuto essere di natura pratica, e consisteva nell'eventualità che sfuggisse l'esistenza di taluni creditori i quali, liberi dall'accordo, avrebbero potuto agire

⁽⁴⁰⁾ Cfr. E. MASÈ-DARI, *Del Fallimento*, in *Nuovo codice di commercio italiano*, Artt. 793-926, Torino, Utet, 1895, n. 465, p. 198.

⁽⁴¹⁾ Cfr. BONELLI, *Del fallimento*, cit., III, p. 36 e ss.

⁽⁴²⁾ Le citazioni sono tratte da BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 36 nota 1; p. 37 nota 2.

per la dichiarazione di fallimento ⁽⁴³⁾. Nessuno dubitava tuttavia della legittimità di simili contratti; nemmeno i giuristi francesi, i quali si limitavano ad osservare che qualora tali accordi avessero avuto successo, perché tutti i creditori vi aderivano, la questione del fallimento non si sarebbe nemmeno posta, giacché il codice non si occupava di proroghe dei pagamenti (ottenute con successo) ma solo di fallimenti (compresi quelli determinati dalle proroghe non concesse) ⁽⁴⁴⁾.

La distinzione tra concordato amichevole extra-fallimentare (o preventivo rispetto al fallimento) e concordato amichevole di fallimento poteva essere ravvisata nella necessità, per il secondo, che vi fossero coinvolti tutti i creditori concorrenti: altrimenti, la procedura fallimentare non avrebbe potuto essere chiusa, e il contratto non avrebbe potuto acquisire efficacia. Esprimendo il concordato amichevole di fallimento la volontà di tutti i creditori concorrenti di chiudere la procedura, la stessa doveva essere disposta dal tribunale, che tuttavia nel far ciò avrebbe dovuto limitarsi — puntualizza ancora la dottrina al tempo più autorevole — a verificare le condizioni di legalità del consenso, e la sua unanimità, ma non altro: l'interesse dei creditori era infatti tutelato dal consenso prestato e non richiedeva verifiche ulteriori ⁽⁴⁵⁾.

Germogliavano, in ogni caso, suggestioni mai sopite e influenzate dalla prassi, che avevano attraversato, come fiumi carsici, i territori presidiati dalle regole napoleoniche ⁽⁴⁶⁾. Queste suggestioni si manifestavano non soltanto in istituti come il concordato amichevole di fallimento, ma anche in altre figure giuridiche come la moratoria: figure che lo stesso codice commerciale contemplava nella fase precedente al fallimento. La moratoria era il risultato della decisione del tribunale, assunta previo consenso maggioritario dei creditori, sulla richiesta del debitore di ottenere una dilazione dei

⁽⁴³⁾ Cfr. *ivi*, p. 38.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. DALLOZ, *Giurisprudenza*, cit., cap. I, sez. I, cit., p. 19 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. BONELLI, *Del fallimento*, cit. III, p. 40 e ss.

⁽⁴⁶⁾ A tal riguardo, ROCCO, *Il concordato*, cit., p. 221, scriveva che « il concordato amichevole stragiudiziale ha il suo fondamento economico e pratico nel desiderio, naturale in ogni ordine di persone, ma vivissimo nei commercianti, di regolare i propri affari in via privata ed amichevole ».

pagamenti utile a superare lo stato di difficoltà finanziaria (art. 827). A seguito di tali spinte e suggestioni, nel volgere di pochi lustri, la moratoria fu abrogata, cedendo il passo ad un istituto nuovo di zecca, ossia il concordato preventivo al fallimento (disciplinato con l. 24 maggio 1903, n. 197), nel quale alla semplice dilazione dei pagamenti si aggiungeva la possibilità di una remissione dei debiti secondo il contenuto della proposta concordataria approvata dalla maggioranza dei creditori ed omologata dal tribunale ⁽⁴⁷⁾.

Il concordato preventivo, definito da una deliberazione maggioritaria e in ciò partecipe della stessa natura del concordato fallimentare, serviva, a differenza di quest'ultimo, ad evitare (e non a chiudere) il fallimento. L'istituto si legittimava per la maggiore sicurezza che offriva rispetto alla pratica degli accordi amichevoli preventivi, « privi di ogni legale garanzia di sincerità e di giustizia », in cui i creditori restavano « esposti alle conseguenze degli spediti rovinosi suggeriti dalla disperazione al debitore » ⁽⁴⁸⁾. Pur non potendosi evitare con il concordato la liquidazione dei beni, risolvendosi lo stesso in una cessione del patrimonio alla liquidazione giudiziale nell'interesse dei creditori, il debitore era preservato dalle più gravi conseguenze personali del fallimento: in ciò il concordato costituiva un beneficio concesso al debitore in buona fede (indotto a presentare una proposta conveniente) nell'interesse dei creditori ⁽⁴⁹⁾.

Nello svolgimento storico del diritto dell'insolvenza il concordato amichevole rivestì tuttavia un ruolo peculiare ed importantissimo. Soltanto nel concordato amichevole poteva manifestarsi, incontaminata, l'autonomia dei privati, assoggettata esclusivamente al riconoscimento ordinamentale secondo le regole e i principi generali dei contratti. Sia la moratoria che il concordato preventivo recavano una chiara matrice di autonomia: così da giustificare, nelle classificazioni dei giuristi, il richiamo al paradigma contrattuale. Nondimeno, a nessuno sfuggiva la peculiarità di simili contrattazioni sorve-

⁽⁴⁷⁾ Cfr. la ricostruzione di F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra Otto e Novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, cit., p. 184 e ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., p. 415.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *ivi*, p. 421 e ss.

gliate dal giudice. Non a caso, si discorreva usualmente, e un po' curiosamente, di « contratti giudiziali » mentre era ovvio e non controversibile — lo si scrisse efficacemente, in dottrina — che il concordato amichevole « emana direttamente dalla volontà dei creditori » ⁽⁵⁰⁾.

4. *La compressione dell'autonomia negoziale nella visione statalistica e corporativa della legge del 1942.*

Rispetto al quadro appena delineato, caratterizzato da una progressiva apertura verso l'autonomia privata, nell'ambito di un più ampio contesto culturale e politico di tipo *lato sensu* liberale, la nuova disciplina del fallimento del 1942 — non per nulla la si volle mantenere separata e distinta dal codice, ormai unificato, del diritto civile e commerciale — ripropone l'idea del carattere eminentemente pubblicistico e statalistico della normativa sull'insolvenza commerciale. Il finalismo sanzionatorio della disciplina si dispiega in un nutrito elenco di afflizioni che, trascinate intatte lungo l'arco di un secolo e mezzo dal codice francese ai codici di commercio italiani del 1865 e del 1882, campeggiano ancora nella legge fallimentare, sia pure con i necessari ammodernamenti dovuti all'evoluzione delle leggi speciali ⁽⁵¹⁾. L'antinomia che dal codice napoleonico attraversava compiutamente quelle esperienze legislative, compromettendole nella ragionevolezza, giungono così a piena maturazione, e ven-

⁽⁵⁰⁾ VIDARI, *Corso*, cit., n. 8434, p. 6.

⁽⁵¹⁾ L'art. 48 conferma l'abolizione del segreto epistolare (la corrispondenza del fallito è controllata e filtrata da un pubblico ufficiale, il curatore); abolito il carcere, permane l'ottocentesco obbligo di residenza del fallito, che può allontanarsi da casa solo con il permesso del giudice e che comunque deve presentarsi personalmente agli organi del fallimento ogni qualvolta questi lo chiamino; se poi non si presenta, è nel potere del giudice di disporre l'accompagnamento coattivo (art. 49 e 146). Il triste ricordo del *Libro delli Mercanti Cessanti* — in cui era iscritto il nome del fallito fino all'integrale soddisfacimento di tutti i creditori — riecheggia nel pubblico registro dei falliti, tenuto presso la cancelleria di ciascun tribunale, dove si trovano scritti i nomi di tutti i falliti del luogo. In ragione di quella iscrizione si ribadiscono i numerosi divieti di ricoprire gli uffici pubblici e privati già dettagliatamente elencati nelle legislazioni del secolo precedente (art. 50). Questo vero e proprio marchio di infamia può essere rimosso soltanto con una sentenza del tribunale che dispone la cancellazione della iscrizione e riabilita il fallito alla vita civile (art. 142).

gono denunciate dalla dottrina. Nella prefazione alla terza edizione del suo manuale, osservò Francesco Ferrara:

A mio avviso una causa di distorsione del regolamento risiede in ciò, che il fallimento ha duplice aspetto, per un verso è una sanzione personale, per un altro è una esecuzione collettiva. La sanzione personale si ricollega all'iscrizione nel registro dei falliti, che determina varie incapacità, anche in ordine all'esercizio dei diritti pubblici, così riguardo all'elettorato attivo e passivo. I due aspetti si intersecano. La dichiarazione di fallimento di ufficio o su istanza del p.m. è dovuta soprattutto al primo aspetto. Per cui sia questo singolare fenomeno, che l'esecuzione collettiva destinata al soddisfacimento dei creditori in base al principio della *par condicio* viene a dipendere in certo modo dai presupposti per l'applicazione della sanzione personale ⁽⁵²⁾.

Nella relazione ministeriale si legge che il fallimento è dichiarato « nel supremo interesse dell'economia generale » oltre che « del credito e del commercio » ⁽⁵³⁾. Secondo uno schema di impronta mercantilistica, la visione autarchica e paternalista tipica del corporativismo importa l'intervento pubblico nell'economia, e la strutturazione (non più dello Stato mercante, ma) dello Stato imprenditore, sottopone inoltre l'imprenditore che esercita l'impresa alla costante sorveglianza dello Stato giudice, a cui dovrà rispondere se indirizzerà la sua attività all'insegna di principi diversi da quelli fondanti l'ordinamento corporativo (come disponeva l'art. 2088 c.c.) ⁽⁵⁴⁾. Piuttosto che disciplinare la crisi d'impresa, la legge regola per conseguenza l'espropriazione concorsuale dei beni del debitore, nella logica di preminenza delle ragioni della proprietà sulle ragioni dell'impresa in senso materiale, ossia dell'organizzazione aziendale ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. VIII.

⁽⁵³⁾ Cfr. Relazione illustrativa della legge fallimentare, n. 3. Questa « arcaica impostazione sanzionatoria » (A. BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in « Diritto fallimentare », 1996, p. 697) rappresentava uno degli aspetti più anacronistici della vecchia legge fallimentare.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. la snella ma efficace ricostruzione di N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 105 e ss.

⁽⁵⁵⁾ L'impresa, tanto decantata quale elemento innovativo e caratterizzante del coevo codice civile, sembra quasi scomparire nella legge fallimentare (che pure anche sul piano formale, alla stessa è rivolta). Come nelle codificazioni ottocentesche si procede alla apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa, e sugli altri beni del debitore (art. 84). L'impresa è quindi presentata come il contenitore

Quanto all'autonomia privata, non dovrebbe meravigliare che al centro della normativa fosse posto il processo — di per se stesso, momento a valenza prevalentemente pubblicistica del fenomeno giuridico — di fallimento e l'esecuzione concorsuale sui beni del debitore ⁽⁵⁶⁾, mentre le procedure alternative al fallimento erano considerate 'minori', nel gergo utilizzato comunemente in dottrina, anche in termini quantitativi, se si considera il ridottissimo numero di disposizioni dedicate al concordato preventivo e all'amministrazione controllata, mentre era stato soppresso il riferimento ai concordati amichevoli, ossia ai contratti sulla crisi d'impresa.

Tanto il legislatore del 1942, quanto gli interpreti, non potevano certo ignorare gli accordi sulla crisi d'impresa ormai completamente affermati nella prassi, anche grazie al crisma legislativo conferito dalla legge sul concordato del 1903. Nelle pieghe della nuova normativa si percepisce, infatti, la consapevolezza del fenomeno (potendo essere sufficiente considerare la disposizione dell'art. 118, nn. 1 e 2 l. fall., sulla chiusura della procedura per mancanza di domande di ammissione al passivo o per estinzione dei crediti 'in altro modo'). Piuttosto, come si è avuto modo di considerare, la convinzione diffusa era nel senso che l'accordo (sulla crisi d'impresa) dovesse esulare dalla legge, dedicata alla procedura del fallimento, e che, dunque, la sede appropriata e comunque preferibile di composizione dell'insolvenza dell'imprenditore dovesse essere quella processuale ⁽⁵⁷⁾.

Il controllo pubblico sull'impresa in crisi era riconfermato

fisico (i 'locali') e concettuale di beni, che appartengono comunque al fallito-debitore e che sono presi in consegna da parte del curatore. L'immagine del curatore che prende in consegna i beni finisce quasi per relegare in sordina qualsiasi riferimento all'impresa, mentre la liquidazione dell'attivo riguarderà beni mobili e immobili e si realizzerà secondo le linee guida del processo esecutivo (artt. 104-109).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 308, che giudica errata la via intrapresa dal legislatore italiano, e spiega così la « crisi dell'istituto fallimentare ».

⁽⁵⁷⁾ Annotò R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, Giuffrè, 1974, 2210: « Nessun lato comune ha il concordato preventivo (fuor dello scopo di evitare, meglio di prevenire, il fallimento) con il *concordato stragiudiziale*: infatti, anche il concordato preventivo (come il fallimentare) è un concordato *giudiziale*, cioè *processuale* [...]. È (anch'esso, come il fallimentare) un concordato c.d. di *maggioranza* ».

dalla disciplina sulla amministrazione controllata (artt. 187 ss. l. fall.), a cui poteva accedere, su domanda, l'imprenditore non definitivamente insolvente il quale fosse inoltre giudicato meritevole di quello che era definito un « beneficio »⁽⁵⁸⁾. A seguito dell'ammissione in procedura, l'attività d'impresa era sottoposta al controllo del giudice; finalità del controllo era la tutela dell'interesse dei creditori. Sempre nell'ottica del beneficio, da riservare all'imprenditore 'onesto e sfortunato', era strutturata la disciplina del concordato preventivo (artt. 160 ss. l. fall.). Condizione di ammissione alla procedura era lo stato d'insolvenza. La definitività del dissesto imponeva grande severità delle condizioni legali in cui poteva articolarsi la proposta, infatti sottoposta all'austera alternativa: pagamento dei creditori in misure minime prestabilite oppure cessione di tutti i beni esistenti nel patrimonio, purché la valutazione di tali beni facesse prevedere che all'esito della liquidazione si sarebbe potuto conseguire attivo per una soddisfazione dei creditori nelle stesse misure imposte per la soluzione del pagamento.

In particolare, la soddisfazione dei creditori privilegiati non era negoziabile. Indipendentemente dall'esistenza o meno di concrete possibilità di realizzo della garanzia che assisteva il credito, il debitore era tenuto a offrire l'integrale pagamento. La soddisfazione dei creditori chirografari era negoziabile in termini alquanto ristretti. In primo luogo, non erano previste distinzioni per categorie di creditori, e dunque non era possibile offrire pagamenti in misura differenziata; in secondo luogo, doveva comunque essere offerta una percentuale minima, di misura oggettivamente elevata (il quaranta per cento dell'ammontare del credito).

Infine, qualora la proposta fosse stata approvata dai creditori, occorre un vaglio finale del tribunale, sulla convenienza economica del concordato. Quest'ultima previsione sottraeva definitivamente il destino dell'impresa alla decisione del ceto creditorio. L'approvazione costituiva una semplice tappa intermedia della procedura. La vera decisione era assunta dal tribunale, in sede di omologazione. Ritornavano, infatti, in discussione tutti i momenti e i profili rile-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo (Artt. 160-186)*, in Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna, Roma, Zanichelli, Soc. Ed. Foro Italiano, 1979, 6 ss.

vanti: rispetto delle norme di rito e valutazione della proposta nel merito e nella convenienza economica. Non era dunque sufficiente l'approvazione del concordato, da parte non solo della maggioranza ma, in ipotesi, della totalità dei creditori: occorreva pur sempre che la convenienza economica del concordato per i creditori fosse ravvisata anche dal tribunale che, in caso contrario, non avrebbe pronunciato la sentenza di omologazione (art. 181) ⁽⁵⁹⁾.

In un simile contesto, l'accordo teso a comporre la crisi d'impresa accusava uno statuto inferiore. Questa realtà traspariva nella stessa terminologia adoperata: si discorreva infatti, e ancor oggi si discorre, non di accordi sulla crisi d'impresa ma di accordi e — più spesso — 'concordati' (tuttavia) 'stragiudiziali'. L'intesa sulla crisi d'impresa, dunque, collocabile nell'area concettuale del 'contratto', quasi ne sembrava esclusa. Più esattamente, quella collocazione era declinata non in positivo, ma in negativo: l'accordo sulla crisi d'impresa si poneva accanto al concordato, unica via offerta dalla legge per la transazione del debito. Poiché non vi era in effetti alcuna procedura di concordato, ma solo un accordo, questo era singolarmente qualificato come concordato, ma aggettivato come stragiudiziale. In tal modo, la prassi ricercava una vera e propria legittimazione per approssimazione lessicale a quanto ritenuto giuridicamente lecito e ammissibile ⁽⁶⁰⁾. L'uso linguistico tradiva la realtà delle cose: come è ampiamente noto, l'esperienza dei concordati stragiudiziali si è consumata all'ombra delle procedure concorsuali. Anziché assumere evidenza e rilievo, questa esperienza è stata vissuta all'insegna della riservatezza e, nel maggior numero dei casi, del segreto. In simili condizioni, il negoziato sulla crisi d'impresa è

⁽⁵⁹⁾ Può essere interessante ricordare che questa soluzione estrema era stata in precedenza sostenuta anche da studiosi di estrazione liberale, ma convinti della rilevanza pubblicistica del concordato (cfr. T. ASCARELLI, *Sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato*, in « Rivista di diritto processuale », 1928, p. 228).

⁽⁶⁰⁾ La locuzione non si sottrasse a critiche penetranti (cfr., per tutti, L. BOLAFFIO, *Sul cosiddetto concordato stragiudiziale*, in « Giurisprudenza italiana », 1932, I, 1, p. 369 e ss.; ID., *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, ivi, 1934, I, 1, p. 490 e ss.); ma si affermò nell'uso tanto da divenire oggetto di voci enciclopediche (cfr. R. PROVINCIALI, *Concordato stragiudiziale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, Utet, 1959, p. 987 e ss.; C. PETRUCCI, *Concordato stragiudiziale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 521 e ss.).

storicamente servito ai creditori ‘forti’ per acquisire posizioni di prevalenza ulteriore: per massimizzare le prospettive di recupero e per conseguire pagamenti in violazione del principio della parità di trattamento. Il debitore era, infatti, indotto all’accordo anche a condizioni rovinose, prospettandosi tale intesa come l’unica via possibile per scongiurare o ritardare il ricorso alle procedure giudiziarie di trattamento della crisi e dell’insolvenza. Per naturale effetto, il superamento della crisi non poteva certo definirsi come l’obiettivo principale avuto di mira dai protagonisti dell’intesa; piuttosto, poteva scaturire come effetto indiretto e riflesso della transazione del debito.

Compromessa dal proprio anacronismo, la legge era messa radicalmente in discussione nell’esperienza giurisprudenziale, ampiamente manipolativa delle regole stabilite. La scissione in cui venne a quel punto a trovarsi la dottrina emerse nel convegno veronese dell’ottobre 1977, con un titolo non poco singolare, comprensibile tuttavia nella temperie culturale giuridica di quel decennio: « L’uso alternativo delle procedure concorsuali ». Nel riferire dell’applicazione delle norme fallimentari ad opera di una giurisprudenza incline alla tutela di interessi ulteriori e diversi rispetto all’interesse dei creditori, e così riflettendo sull’esigenza particolarmente avvertita tra i giuristi negli anni Settanta di dare voce — in via tanto legislativa, con adeguate riforme, quanto interpretativa e applicativa del diritto vigente — alle istanze sociali tradizionalmente estranee all’impianto tradizionale del diritto privato, si confrontarono giudizi positivi su letture adeguatrici di norme desuete e la critica delle stesse interpretazioni, bollate come distorsive del sistema ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶¹⁾ Gli atti del convegno si leggono in « Giurisprudenza commerciale », 1979, I, 222-329. Cfr. il consuntivo tratto da G. CASELLI, *La crisi aziendale*, in *L’azienda e il mercato*, in *Trattato Galgano*, III, Padova, Cedam, 1979, p. 634, che con riguardo a prassi quali il contratto di affitto di azienda contrassegnato da obblighi sul mantenimento dei livelli occupazionali scrisse che « i giudici [...] forzano in modo violento il sistema della legge fallimentare »; cfr. anche le sintetiche osservazioni di A. AMATUCCI, *La posizione dei creditori nelle procedure*, in « Diritto fallimentare », 1999, I, p. 964, su di una giurisprudenza « costretta all’invenzione ». La fondatezza dell’assunto traspare dalla riflessione della dottrina più accreditata, che ha costantemente ribadito come la finalità del fallimento (delle procedure concorsuali ordinarie) sia essenzialmente la tutela del credito, a cui è dogmaticamente infondato contrapporre la tutela del lavoro (che, se può

Diversamente da altri ambiti del diritto privato (come nel caso emblematico dei rapporti familiari), la materia non fu investita da una riforma di sistema, rimanendo ai margini di quest'ultimo interventi legislativi, pur sintomatici del clima socio-politico del tempo, come la c.d. 'legge Prodi' (evolutasi nella c.d. « Prodi-bis », attualmente in vigore) sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. La conseguenza è che, negli anni successivi, l'assetto normativo apparve irrimediabilmente distonico rispetto alla cultura del mercato concorrenziale che intanto andava progressivamente maturando, non solo nelle coscienze ma anche sul piano normativo, specie di matrice comunitaria. Si avvertiva che le procedure di composizione della crisi avrebbero dovuto strutturarsi valorizzando le voci del mercato (e dunque le istanze del debitore e la risposta dei creditori) ed escludendo la valutazione del pubblico potere sulla convenienza e opportunità degli assetti transattivi pattuiti oppure approvati all'esito di una deliberazione a maggioranza ⁽⁶²⁾.

Rispetto alle procedure disponibili, nell'ambito del diritto della crisi d'impresa, amministrazione controllata e concordato preventivo — già per la estrema farraginosità procedurale, ma soprattutto per la rigidità delle condizioni di ammissione — assai raramente si presentavano come reali opportunità, finendo così per essere sempre meno praticate. Senza considerare, peraltro, l'esito usualmente infausto di tali tentativi, sino al formarsi della regolarità sequenziale tra amministrazione controllata prima, concordato preventivo poi e infine fallimento.

5. *La rivalutazione dell'autonomia nella riforma del diritto della crisi d'impresa.*

Si giunge così ai nostri tempi, con l'obiettivo di politica del

costituire obbiettivo di politica del diritto, non integra lo scopo oggettivo della legge in vigore): cfr., per tutti, F. D'ALESSANDRO, *Crisi dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 736 e ss.

⁽⁶²⁾ Cfr., tra i molti, B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in « Giur. comm. », 2001, II, p. 327 e ss.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee generali della riforma: profili generali*, in « Giustizia civile », 2006, II, p. 333 e ss.

diritto di una sostanziale riforma della legge fallimentare che, dopo proposte e commissioni di lavoro, si concretizza con un primo esito, ma già molto significativo in termini di 'filosofia' della nuova disciplina, nel 2005. La tecnica è quella — alquanto discutibile per una riforma di sistema — della decretazione d'urgenza, ove vengono affrontati, in primo luogo, i temi apparentemente distanti tra loro dell'azione revocatoria e del concordato preventivo. Sin da subito viene tuttavia introdotto, come ulteriore segno della nuova aria che spira sulle 'procedure' concorsuali, l'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'urgenza, pure apertamente dichiarata a giustificazione dello strumento legislativo adottato, consente di disciplinare, almeno per il momento, soltanto gli istituti più strettamente connessi al problema della soluzione concordata della crisi (dunque, concordato preventivo e accordi di ristrutturazione), con una ridefinizione dell'ambito operativo dell'azione revocatoria, ossia del più tradizionale e collaudato strumento inteso ad evitare che l'esercizio dell'autonomia privata (mediante atti di disposizione del patrimonio del debitore) produca effetti pregiudizievoli per il ceto creditorio in generale, ma in particolare per i creditori non garantiti da vincoli reali sui beni del debitore. Da tempo auspicata dal ceto bancario, la riduzione dei termini del c.d. 'periodo sospetto', che subiscono un dimezzamento, agevola senza dubbio l'operatività dell'impresa nella situazione di crisi, essendo alquanto depotenziata la revocatoria degli atti 'non presuntivamente fraudolenti', mentre per altro verso vengono introdotte numerose fattispecie di esenzione. Tra queste ultime, assume particolare rilievo quella relativa agli atti posti in esecuzione di piani di risanamento, la cui ragionevolezza sia attestata da un esperto. La disposizione (contenuta nell'art. 67, comma 3, lett. *d*, l. f.), affidata alla elencazione delle esenzioni, assume un rilievo notevole, nella misura in cui la figura del piano finanziario di ristrutturazione, ben nota alla prassi ma di matrice e natura (non già giuridica, bensì) prettamente economico-aziendale, viene introdotta e disciplinata nella legge fallimentare, così acquisendo una rilevanza giuridica, peraltro tutta da definire (e tutt'ora materia di dibattito), in quanto la laconica previsione in sede di azione revocatoria è soltanto il punto di partenza per una ricostruzione sistematica e organica del trattamento dei 'piani attestati', a partire dagli effetti (molteplici,

evidentemente) degli atti posti in essere in esecuzione degli stessi ⁽⁶³⁾.

Appare evidente che anche queste novità, insieme alla riformata procedura del concordato preventivo, valgono a confermare la rilevanza che l'ordinamento intende dare all'apporto dell'autonomia privata nella gestione delle soluzioni concordate della crisi d'impresa. La stessa rinuncia a perseguire l'originario obiettivo — o almeno uno degli originari obiettivi — della regolamentazione delle misure c.d. « di allerta e prevenzione » ⁽⁶⁴⁾, sulla scia di modelli adottati in altri ordinamenti, è sintomatica della convinzione sulla scelta di valorizzare l'autonomia privata nel massimo grado possibile secondo il sistema, ridefinendo i mezzi e le tecniche per la prevenzione del fallimento dell'impresa in crisi ed auspicandone l'uso sempre più frequente e convinto, oltre che tempestivo, da parte dell'imprenditore in crisi, ma lasciando lo spazio più ampio al mercato e dunque alle potenzialità dell'autonomia, nella cornice fissata dai principi a presidio del sistema.

I diversi aspetti possono così riassumersi in termini necessariamente sintetici. Alla procedura sono ammesse non soltanto le imprese definitivamente insolventi ma, in senso ben più ampio, le imprese anche semplicemente 'in crisi' ⁽⁶⁵⁾, mentre la domanda di concordato ruota intorno a un piano — s'è detto, attestato da un

⁽⁶³⁾ Tra gli studi di segno più marcatamente civilistico, E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento - Una introduzione*, in « Rivista di diritto civile », 2011, p. 555; nella prospettiva, invece, della riorganizzazione societaria, cfr. M. COSSU, *Piani attestati di risanamento e contratti di ristrutturazione del debito - La riorganizzazione stragiudiziale della srl in crisi*, in « Rivista di diritto societario », 2011, p. 461. Più in generale, cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 105 ss.

⁽⁶⁴⁾ Tra i contributi più significativi, nel momento in cui ancora si discuteva del problema, G. SANTONI, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in « Diritto fallimentare », 2004, I, p. 733; G. DE FERRA, *La riforma societaria e gli istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali*, ivi, 2005, I, p. 470.

⁽⁶⁵⁾ Che con il termine 'crisi', introdotto nel testo del novellato art. 160 l. fall., si intenda anche — ma non soltanto — l'insolvenza, è esplicitato nell'ultimo comma della disposizione, appositamente introdotto con d.l. n. 273/2005.

esperto — volto alla ristrutturazione dei debiti ovvero alla cessione delle attività ⁽⁶⁶⁾.

La libertà del debitore proponente, con l'affermazione dell'atipicità dei contenuti della domanda (che implica, evidentemente, una vera e propria inversione di rotta rispetto al passato) rende possibile una proposta concordataria — sull'esempio di altri ordinamenti, in particolare del collaudato modello statunitense offerto dal noto *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* — anche in deroga alla regola generale della *par condicio creditorum*, ossia con la suddivisione dei creditori per « classi ». Quel che il legislatore richiede è soltanto la « omogeneità » delle classi (in considerazione degli interessi economici, così come delle posizioni giuridiche, alla luce della collocazione del credito), in modo che il trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse trovi una sua giustificazione, se non sul piano strettamente giuridico (se si considera che la deroga alla *par condicio* è comunque netta e sorregge, nella sua generalità e astrattezza, l'intero sistema), almeno su quello della razionalità (sul piano economico-sociale, si direbbe) della proposta, ossia nella sua concretezza oggetto di valutazione del tribunale nel singolo caso ⁽⁶⁷⁾.

Ulteriore elemento di novità, anch'esso fondamentale nella ricostruzione sistematica e connesso a quanto appena detto, si rinviene nella delimitazione dei poteri del tribunale — in fase di ammissione, così come di omologazione — a una forma di controllo che dottrina e giurisprudenza hanno voluto definire di mera legalità, con esclusione quindi di ogni valutazione del merito della proposta in generale e, soprattutto, della sua convenienza economica per i creditori ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Sulla centralità del piano, inteso come 'programma', espressione della strategia d'impresa avente ad oggetto il superamento e comunque la gestione della crisi, cfr. tra i contributi più recenti, DI MARZIO, voce *Crisi d'impresa*, cit., p. 511 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Tra i contributi in argomento si segnala M. FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in « Rivista di diritto civile », 2009, II, p. 711.

⁽⁶⁸⁾ In argomento, sono di recente intervenute anche le Sezioni Unite della Cassazione, stabilendo che: « il sindacato del giudice in ordine al requisito di fattibilità giuridica del concordato deve essere esercitato sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura, e della verifica della loro

Alla novellazione del concordato preventivo, si aggiunge l'introduzione dell'istituto dell'accordo sulla ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l. fall.), peculiare 'procedura' mediante la quale il debitore che stipuli un accordo di ristrutturazione con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento della somma dei crediti può poi chiederne l'omologazione al tribunale. La conseguenza del *placet* conseguito in sede giurisdizionale, come si è già avuto modo di considerare, comporta che gli atti esecutivi dell'accordo omologato siano esentati dall'azione revocatoria (grazie all'art. 67, comma 3, lett. *e*, l. fall.), oggetto e ragione dell'accordo essendo proprio la ristrutturazione della finanza. Anche in questo caso il debitore predispose un piano, asseverato nella sua attuabilità da un esperto, ma la partita si gioca — in presenza di un accordo in senso proprio, ossia fondato sul consenso — tutta sul terreno dell'autonomia privata: l'omologazione avverrà, pertanto, soltanto se il piano appare idoneo a soddisfare la superiore esigenza di garantire il pagamento regolare dei crediti sui quali non si è raggiunto l'accordo stesso, ossia i creditori estranei.

Sempre all'insegna della c.d. 'privatizzazione' della crisi d'impresa — un altro degli slogan in voga, unitamente a quello della c.d. 'degiurisdizionalizzazione' — la riforma procede con successivi interventi ed è tuttora in corso, con una progressiva armonizzazione delle procedure necessarie (e finalizzate) a salvare l'impresa in crisi o comunque traghettarla verso la liquidazione attraverso un'attività negoziale che vede coinvolti debitore, creditori, eventuali terzi (come nel caso del concordato fallimentare, con la legittimazione ampliata a qualunque interessato), e infine il tribunale, in funzione di « assistenza » e « sorveglianza » a tutela degli interessi dei creditori

rispondenza alla causa del procedimento di concordato preventivo, la quale si sostanzia nella regolazione e nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore mediante il soddisfacimento delle ragioni dei creditori » e ancora che « Nella procedura di concordato preventivo non rientra nell'ambito del controllo sul giudizio di fattibilità esercitabile dal giudice un sindacato sull'aspetto pratico-economico della proposta e, quindi, sulla correttezza della indicazione della misura del soddisfacimento percentuale offerta dal debitore ai creditori » (Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in « Foro italiano », 2013, I, c. 1534, ove si leggono i commenti di M. FABIANI, *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le sezioni unite un po' oltre la metà del guado*, nonché di E. SCODITTI, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità*).

che, in punto di fatto, non hanno la possibilità di negoziare e si trovano, pertanto, esposti al rischio di 'subire' la decisione della maggioranza.

Si coglie qui la netta distinzione tra gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il nuovo concordato preventivo: in quest'ultimo caso, il piano di ristrutturazione asseverato — che può anche essere oggetto di un accordo raggiunto con una parte dei creditori — non è offerto a un consenso, ma a una deliberazione a maggioranza. Lo spazio in cui si manifesta l'autonomia privata non è più, una volta imboccata la via prettamente procedurale e dunque giurisdizionale del concordato, quello del contratto in senso stretto. Nondimeno, l'ampio margine di manovra concesso al debitore nell'organizzare la proposta (e dunque nell'organizzare il piano, che della proposta costituisce il nucleo) testimonia ancora il riconoscimento tributato all'autonomia privata anche in tale contesto.

Si conferma così l'idea secondo la quale il fulcro del nuovo assetto, inteso a migliorare l'efficienza delle soluzioni operative, deve essere individuato nel piano (di ristrutturazione) debitamente asseverato da un esperto (non legato da rapporti professionali al debitore proponente). L'autonomia dei privati nella gestione della crisi (e dell'insolvenza) procede attraverso la massima libertà nella strutturazione del piano (con la notevole novità rispetto al passato, già posta in evidenza, costituita dall'atipicità della proposta concordataria) e, per altro verso, il controllo sui dati esposti nel piano da parte degli osservatori esterni e interessati.

L'accordo per la gestione della crisi è offerto agli operatori in se stesso (nelle forme comunemente definite come 'accordi stragiudiziali', da sempre praticati come si è avuto modo di considerare) oppure 'chiuso' in differenti contenitori procedurali. In primo luogo, l'accordo può esulare da qualsiasi struttura a esso esterna costituita da una procedura: si tratta, in tal caso, di un vero e proprio contratto sulla crisi d'impresa. Inoltre, e in alternativa, l'accordo può essere inserito in una procedura di omologazione semplificata, nelle forme poste dall'art. 182 *bis* l. fall. Infine, l'accordo può essere parte di una procedura molto più rigida, ossia il concordato preventivo. La scelta tra queste diverse modalità

operative è solitamente connessa alla gravità della situazione di crisi in cui versa l'impresa ⁽⁶⁹⁾.

L'opera di privatizzazione delle regole sulla crisi d'impresa procede e investe nel 2006 il fallimento. Viene in primo luogo eliminato il potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento; il nuovo testo degli artt. 6 s. l. fall. determina inoltre una diversa conformazione dell'intera procedura. Poiché il potere di iniziativa per la dichiarazione di fallimento è rimesso alle parti — essenzialmente, al debitore e ai creditori, in alcuni casi al pubblico ministero — il controllo sulla crisi d'impresa è in prevalente misura affidato al mercato, e alle scelte dei suoi protagonisti. Nella medesima direzione, ossia secondo l'opzione di politica del diritto più volte ricordata, vengono ridefinite le competenze degli organi della procedura, e ridisegnati i rapporti intercorrenti tra di essi: alla marginalizzazione delle competenze e responsabilità gestorie del giudice delegato si accompagna l'accrescimento, in tali ambiti, dei poteri del comitato dei creditori e del curatore.

Le innovazioni più significative riguardano il concordato fallimentare, che pur svolgendosi all'interno della procedura concorsuale liquidatoria per antonomasia, viene quanto più possibile avvicinato al concordato preventivo, potendo costituire anch'esso un modo per ricollocare l'azienda sul mercato e consentire così il recupero, anche parziale, dell'attività grazie a un nuovo e più capace imprenditore ⁽⁷⁰⁾. L'esigenza di permettere, almeno sulla carta, il recupero dell'attività aziendale, spiega perché la domanda di con-

⁽⁶⁹⁾ Va considerato che il contratto sulla crisi presuppone la tendenziale unanimità dei consensi, oppure l'attenzione dei creditori aderenti all'adempimento esatto da parte del debitore nei confronti di tutti i creditori estranei all'accordo (i quali potrebbero altrimenti frustrarlo nelle finalità ponendo in essere azioni cautelari o esecutive, oppure chiedendo il fallimento del debitore). Qualora l'accordo sia parziale, ma coinvolga comunque una parte rilevante dell'esposizione, sarà preferibile inserirlo in una 'armatura' procedurale di sostegno: a seconda dei casi, nella struttura a maglie larghe disegnata nell'art. 182 *bis* l. fall. o in quella molto più stringente del concordato preventivo. La scelta tra le varie soluzioni possibili può costituire anch'essa una variante frutto del negoziato e dell'accordo tra debitore e parte dei suoi creditori. Una gestione professionalmente avvertita e consapevole della crisi non mancherà di sottoporre la questione ai creditori, cercando l'accordo anche su questo fondamentale aspetto.

⁽⁷⁰⁾ Sono confermate, pertanto, le innovazioni già illustrate in tema di concordato preventivo: atipicità della proposta, che può anche concernere la 'ristrutturazione

cordato possa essere presentata anche prima della approvazione dello stato passivo, a condizione che i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano agli organi della procedura di formare un elenco provvisorio dei creditori. In tali casi, il fallimento potrebbe rivelarsi una sorta di breve parentesi, tuttavia importante, giacché utile alla salvaguardia degli apparati produttivi attraverso la loro circolazione e ricollocazione sul mercato. La fondamentale novità è data dall'allargamento della schiera dei soggetti legittimati a proporre la domanda: non più il solo debitore, ma anche i creditori e i terzi interessati (inizialmente, era stata prevista addirittura la legittimazione del curatore).

6. *Negozialità e giurisdizione: il contratto sulla crisi d'impresa e la nuova autonomia 'assistita'.*

Se i diversi momenti della nuova disciplina delle procedure concorsuali — a cominciare, si diceva, dall'intervento del 2005 inteso a depotenziare in modo netto e deciso lo strumento forse più emblematico della gestione *ex post* del rischio di insolvenza, ossia l'azione revocatoria fallimentare — confermano in sequenza l'opzione di politica del diritto, nel senso del riconoscimento del ruolo trainante ormai definitivamente assegnato dal legislatore all'autonomia privata, è evidente che gestione e soluzione negoziale della crisi

dei debiti' attraverso « qualsiasi forma »; possibilità di divisione dei creditori in classi e di trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse; limitazione del controllo del tribunale alla mera legalità e non anche al merito della proposta.

Una rilevante differenza rispetto al concordato preventivo è nella precisazione che la proposta può prevedere un pagamento parziale dei creditori privilegiati, purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di vendita. Questa regola, salvaguardando la posizione del creditore privilegiato, ne determina il riequilibrio rispetto a quella degli altri creditori. Il privilegio non è più causa di un vantaggio assoluto, ma di un vantaggio riconosciuto nei limiti della copertura effettiva della garanzia, ossia: (i) purché nel patrimonio del debitore sia riscontrabile il bene che costituisce oggetto della garanzia e (ii) nei limiti del presumibile valore di realizzo del bene medesimo. L'innovazione è, s'è detto, significativa, valutata positivamente, al punto che la norma verrà successivamente estesa anche al concordato preventivo, tradizionalmente caratterizzato dalla necessità che i creditori privilegiati fossero pagati integralmente.

d'impresa debbano rispettare i limiti di tenuta del sistema della responsabilità patrimoniale e di tutela del credito.

A tal riguardo, va detto subito, ha svolto (e continua a svolgere) un ruolo decisivo la giurisprudenza, non solo in relazione alle barriere poste dall'ordinamento rispetto alla validità ed efficacia degli atti di autonomia — il riferimento è alla valutazione della validità/invalidità, secondo la disciplina generale dei contratti, e alla revocabilità degli atti in frode ai creditori, secondo la normativa tanto generale quanto specifica della materia fallimentare — ma anche con riferimento alla rilevanza extracontrattuale delle condotte lesive poste in essere da chi contrae con l'imprenditore in difficoltà. È quest'ultimo il caso della vicenda nota come 'concessione abusiva del credito', ove la valutazione di meritevolezza dell'atto di autonomia — in un certo senso, vantaggioso all'imprenditore in difficoltà, si direbbe per definizione, trattandosi di concessione di credito finalizzata al salvataggio dell'impresa — va ad intrecciarsi con l'esigenza di tutela (non già della controparte contraente, bensì) del terzo danneggiato dall'apparenza di solidità che si determina sul mercato in seguito alla concessione di nuovi mezzi finanziari.

Nel ragionare sul ruolo e sulla funzione dell'autonomia privata, potrebbe apparire addirittura contraddittorio che, per un verso il legislatore incoraggi e legittimi le soluzioni negoziali della crisi, per altro verso la giurisprudenza tenda a inibire, in punto di fatto e quale conseguenza del controllo sulla concessione del credito in termini di abusività, quelle operazioni finanziarie necessarie al superamento della crisi, atteso che la situazione di crisi dell'impresa costituisce il presupposto della responsabilità extracontrattuale di chi ha contratto con l'imprenditore in difficoltà. Quel che si vuole evitare è che il creditore qualificato (nella specie, si tratta inevitabilmente di istituti di credito), omettendo o non svolgendo correttamente il controllo sulle reali condizioni economico-finanziarie del debitore, sia responsabile delle conseguenze sfavorevoli, non soltanto nel rapporto contrattuale instaurato con il soggetto che si sarebbe potuto (e dovuto) controllare — ad esempio, la preclusione all'esercizio dell'autotutela o le conseguenze negative dell'azione revocatoria fallimentare —, ma anche, in chiave di responsabilità extracontrattuale, nei confronti di terzi che abbiano subito un danno da tale condotta (non necessariamente dolosa o fraudolenta, bensì anche

soltanto negligente, in considerazione della detta qualifica professionale del finanziatore) (71).

È evidente che la nuova — per via dell'elaborazione dottrinale e del recepimento giurisprudenziale — fattispecie di illecito extracontrattuale costituisce ormai un capitolo non eliminabile nell'indagine sull'intreccio tra autonomia negoziale e insolvenza (e/o crisi d'impresa) (72).

Nel domandarsi, in conclusione e alla luce delle considerazioni sin qui svolte, se possa cogliersi, nello spirito della nuova disciplina delle procedure concorsuali una sorta di circolo virtuoso tra la situazione di crisi e la disciplina del contratto, quale espressione normativa emblematica dell'autonomia privata nel nostro ordinamento, occorre ricordare come le tecniche di gestione della crisi si presentino secondo un ordine di intensità diversa quanto alla (originaria e tradizionale) valenza pubblicistica e, di conseguenza, giurisdizionale, con una sequenza caratterizzata dal graduale ridursi della componente procedurale e del ruolo del tribunale di supporto all'autonomia negoziale che, in questo senso, può dirsi 'assistita' (73): (a) il nuovo concordato preventivo, con la rimarcata piena libertà nella formulazione della domanda (74); (b) gli accordi di ristruttura-

(71) Si tratterebbe, dunque, della condotta (illecita) della banca che, in violazione dei principi di sana e corretta gestione del credito, concede finanziamenti (all'impresa in crisi), al fine di mantenere in vita l'impresa decotta e così ritardare la dichiarazione di fallimento, con l'inevitabile aggravamento del dissesto economico dell'impresa abusivamente finanziata e lesione dell'affidamento dei terzi danneggiati (possono richiamarsi due sentenze coeve della Cassazione a Sezioni Unite, 28 marzo 2006, n. 7029 e 7030, quest'ultima in « Foro italiano », 2006, I, c. 3417, ove si afferma che il diritto al risarcimento del danno per concessione abusiva di credito spetta non solo ove segua una dichiarazione di fallimento, ma anche in assenza della medesima, purché risultino accertati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito), mentre il carattere individuale del danno, da dimostrare nella particolarità del caso concreto, esclude la legittimazione ad agire tanto del curatore, quanto dell'imprenditore abusivamente finanziato.

(72) Da ultimo, cfr. F. DI MARZIO, voce *Concessione abusiva di credito*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 178.

(73) In argomento, si vedano le riflessioni di G. COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., p. 207.

(74) P. CENSONI, *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., p. 493.

zione dei debiti, ai sensi dell'art. 182 *bis* l. fall., con l'autonomia privata controllata (soltanto) in sede di omologazione ⁽⁷⁵⁾; (c) infine, gli accordi stragiudiziali per il salvataggio dell'impresa in crisi, ove appare massima la valenza privatistica della composizione degli interessi in conflitto, pur rimanendo la garanzia offerta dal legislatore alle parti con l'esenzione dall'azione revocatoria di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in funzione del risanamento.

Se questo è lo scenario, sembrerebbe più che legittimo interrogarsi per verificare se ed eventualmente in quali termini si sia formato un nuovo paradigma negoziale, che può convenzionalmente indicarsi come 'contratto sulla crisi d'impresa' ⁽⁷⁶⁾. Lo scenario in cui ci si muove è quello cui lo studioso dell'autonomia privata può dirsi da sempre abituato, ma è la prima volta che viene investita così intensamente la materia dell'insolvenza del debitore, nella declinazione specifica della crisi d'impresa, aggiungendosi in tempi più recenti la disciplina del sovraindebitamento del debitore civile ⁽⁷⁷⁾.

Occorre pertanto rifarsi ad alcuni concetti e categorie del diritto privato generale. In primo luogo, la stessa idea di insolvenza, che rivela dal punto di vista normativo la sua matrice civilistica e trova la sua collocazione nella teoria (oltre che nella disciplina) generale delle obbligazioni e dei contratti quale presupposto per l'attivazione di un ventaglio di tutele, di tipo essenzialmente cautelare e immediatamente attivabili da parte del creditore (in chiave di autotutela), volte a prevenire un danno per quest'ultimo all'interno dello specifico rapporto obbligatorio e poi, più ampiamente, per la dichiarazione del fallimento.

⁽⁷⁵⁾ Sui diversi aspetti problematici, si può rinviare ai contributi seguenti in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit.: E. GABRIELLI, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*; A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*; LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*. Si veda anche, per un tentativo di inquadramento civilistico della materia, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in « Diritto fallimentare », 2008, I, 366.

⁽⁷⁶⁾ VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., p. 233.

⁽⁷⁷⁾ Per una prima analisi si può rinviare a *La « nuova » composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario e G. Terranova, Milano, Giuffrè, 2013.

La questione per così dire cruciale, nella quale potrebbero confluire le riflessioni sul rapporto fra crisi d'impresa e/o insolvenza, da un lato, e autonomia contrattuale dall'altro, s'incentra allora sulle modalità giuridiche con cui l'autonomia privata è in condizione di creare un raccordo che s'è voluto definire virtuoso — non meramente fattuale, s'intende, ma capace di far conseguire alla fattispecie la qualificazione giuridica di meritevolezza — fra crisi d'impresa e contratto finalizzato al superamento della crisi, ossia concluso in funzione di salvataggio dell'impresa in crisi.

Si comprende come, ragionando sul contratto sulla crisi d'impresa, ci si imbatta necessariamente nel problema dell'individuazione della sua causa e, preliminarmente, trattandosi di contratti atipici — benché, ovviamente, costruiti utilizzando e eventualmente incrociando caratteristiche e regole dei modelli tipizzati — sulla sua meritevolezza, nel momento in cui l'ordinamento consente di far entrare la considerazione dell'attività dell'impresa (potenzialmente proficua ed anzi imprescindibile per il suo risanamento) appunto nella causa del contratto. Quel che va verificato è se si stia ragionando su un'ipotesi in linea di principio vantaggiosa per l'intero ceto creditorio, comportando ciò la rilevanza del complesso dell'attività d'impresa, piuttosto che per qualcuno soltanto dei creditori e su singoli rapporti, dotati delle specifiche regole di tutela contro l'insolvenza (civilistica) rilevante nella vicenda obbligatoria atomisticamente considerata.

Se si dovessero confrontare le due prospettive di analisi dell'insolvenza e, rispettivamente, della crisi si potrebbe ritenere che, nella concezione civilistica riflessa nella disciplina delle obbligazioni contenuta nel Libro IV del codice civile, l'insolvenza si presenti come fatto esterno al rapporto, che minaccia la stessa stabilità del vincolo, con la conseguente facoltà del creditore di attivare i diversi rimedi cui s'è fatto cenno (per la tutela del suo interesse individuale e nel contesto della dimensione atomistica del rapporto obbligatorio). Nel contratto di salvataggio, invece, la crisi non è affatto un ostacolo o un dato fattuale in alcun modo preclusivo dello svolgimento dei rapporti in essere, ma al contrario rappresenta il presupposto per dar vita a un programma condiviso tra debitore e una parte maggioritaria del ceto creditorio, espresso da un regolamento negoziale finalizzato al suo superamento.

Se è la « crisi d'impresa » il nuovo concetto cardine, intorno al quale ruota l'intera disciplina dei rapporti, nella duplice prospettiva teorica, tanto civilistica quanto commercialistica (che informa la disciplina concorsuale), e tale concetto si rileva una sorta di comune denominatore che consente di tenere insieme il sistema rimodellato dalla riforma, la causa del contratto può (e deve) essere individuata nella (gestione della) stessa crisi ossia di una condizione ritenuta dall'ordinamento superabile (mentre l'insolvenza della disciplina concorsuale esprime una qualificazione giuridica che attesta la definitività e irrecoverabilità del dissesto). Sin quando è reversibile, dunque, la crisi non esprime soltanto una patologia, ma una condizione dell'impresa che l'ordinamento consente di superare, offrendo un ventaglio di strumenti idonei allo scopo e attivabili nell'esercizio dell'autonomia negoziale; di qui la meritevolezza, in linea di principio, del contratto finalizzato al salvataggio dell'impresa in crisi.

7. *Il ruolo delle categorie e dei principî nella ridefinizione del sistema della responsabilità patrimoniale.*

Se il territorio normativo esaminato in queste pagine appare ancora tutto da dissodare, le considerazioni sin qui svolte sembrerebbero dischiudere una sorta di nuova frontiera per gli studiosi, tanto del diritto civile quanto delle materia più propriamente commercialistica, essendo facile previsione quella relativa al ruolo che gli accordi definiti ormai comunemente 'di salvataggio' e, più in generale, i contratti sulla crisi d'impresa saranno destinati a svolgere, in termini di rilevanza ed efficacia nella realizzazione dei diversi e configgenti interessi che ruotano intorno all'impresa e alle sue vicende. Nella complessità dei referenti normativi, quelli introdotti dalla riforma e quelli preesistenti, convergono — e ciò rende la riflessione particolarmente stimolante — le diverse dimensioni dell'attuale disciplina dell'insolvenza e della crisi d'impresa: individuale e collettiva, privata e pubblica, negoziale e processuale. Quel che potrebbe rappresentare, almeno *prima facie*, un elemento di complicazione, o almeno l'indice principale della complessità della materia, potrebbe al contempo rivelarsi il dato che consente di tenere insieme il sistema, nel senso che l'ordinamento, operando nel modo sin qui seguito dal legislatore della riforma, riesce ad assicurare la

tutela dei diversi interessi in gioco (non soltanto eterogenei, ma anche inesorabilmente conflittuali).

Al centro del sistema, indiscutibile protagonista in funzione di motore per così dire dell'intera vicenda, l'autonomia privata non è più classificabile ed esaminabile — se non a costo di riduttive semplificazioni — nell'esclusiva dimensione individuale, privata e negoziale in senso stretto. La molteplicità degli interessi coinvolti impone infatti di mantenere saldo il legame con la speculare dimensione collettiva, pubblica ovvero amministrativa e, infine, giurisdizionale e processuale dell'insolvenza e della crisi d'impresa (così come delle tecniche negoziali per la loro gestione).

Considerando i nuovi volti dell'autonomia privata nella materia in esame, verrebbe istintivo rifarsi alla più autorevole dottrina civilistica che, sin dagli anni Cinquanta del secolo appena trascorso e per almeno i due decenni successivi, aveva profuso un notevole impegno nell'esaminare la figura ritenuta all'epoca paradigmaticamente espressiva dell'autonomia privata — in un certo senso, la sua stessa rappresentazione sintetica, nel discorso dei giuristi da almeno un secolo prima — ossia il negozio giuridico, tentando di coglierne le (probabilmente ovvie, ma non sempre adeguatamente evidenziate) implicazioni sul piano sociale. Difficile dire, tuttavia, se e come tali riflessioni, che senza dubbio avevano raggiunto nel torno di anni appena indicato un più che ragguardevole livello di approfondimento e autorevolezza, possano trovare un effettivo riscontro nel nuovo scenario normativo, ove la rilevanza e l'efficacia dell'atto di autonomia, in ogni caso riconosciute dall'ordinamento nella dimensione sociale della vicenda (e dunque con la conferma del definitivo superamento della rilevanza soltanto individuale, secondo l'antico dogma volontaristico, dell'atto negoziale), si misurano con uno scenario nuovo, quale è quello della gestione negoziale dell'insolvenza e della crisi d'impresa, tradizionalmente ritenuto estraneo agli ambiti di esercizio dell'autonomia privata (in funzione della già più volte ricordata dimensione, prevalentemente se non esclusivamente, pubblicistica della vicenda).

Detta estraneità poteva cogliersi dalle disposizioni che, in ambiti diversi, guardavano (e guardano, sia pure in misura attenuata rispetto al passato) con sospetto all'attività negoziale posta in essere dal (e con il) debitore in condizioni di crisi, e *a fortiori* di

insolvenza, in quanto potenzialmente dannosa per i diritti dei creditori estranei e quindi in violazione delle regole e dei principi della responsabilità patrimoniale. Oggi sappiamo che i timori un tempo genericamente rivolti verso gli atti di autonomia negoziale riferibili al debitore in crisi o insolvente sono stati — con tecniche diverse a seconda del contesto socio-economico in cui maturano, come si nota plasticamente dalla riformata normativa sull'azione revocatoria fallimentare —, in qualche modo razionalizzati dal legislatore, che sembra avere acquisito coscienza delle attuali esigenze sociali ed economiche, evidentemente diverse (e probabilmente più complesse) rispetto a quelle considerate dal legislatore del codice civile (e della coeva legge fallimentare), ma anche in continua evoluzione, tanto da imporre reiterati e ravvicinati interventi di 'ridefinizione' della normativa.

È peraltro evidente che il legislatore, pur avendo dato prova di un insolito e inatteso attivismo negli interventi normativi cui si faceva appena riferimento, non può operare da solo, sicché l'effettività dell'attuale novellata cornice normativa dipende dal modo in cui essa viene concretamente interpretata e dunque applicata dagli operatori. Ed è su questo piano che il discorso sin qui svolto si rivela fisiologicamente incompiuto, costituendo poco più che la premessa, in chiave storicamente contestualizzata, all'opera di razionalizzazione che la giurisprudenza — in questo caso, va intesa nella sua duplice veste pratica e teorica — sta svolgendo non senza dibattiti e controversie ermeneutiche, tanto sulle soluzioni quanto sul metodo per argomentarle e giustificarle.

Benché espressione della proverbiale rivoluzione copernicana, la riforma tuttora *in fieri* ruota intorno all'antica e più che collaudata figura giuridica del contratto, quale strumento principe dell'autonomia negoziale e dell'attività economica dei privati, che si presenta in una dimensione inedita e ricca di potenzialità, sostanzialmente sconosciuta al precedente quadro normativo: il contratto diventa, infatti, il veicolo per la gestione della crisi d'impresa, come si è avuto modo di verificare a più riprese nelle pagine precedenti. In tal senso, il contratto va inteso come formula riassuntiva dell'idea stessa di autonomia privata nella negoziazione e dunque comprensiva delle decisioni assunte collettivamente nelle procedure concorsuali. Gli strumenti per la detta opera di razionalizzazione, che valga a rendere

coeso il sistema della tutela del credito e della responsabilità patrimoniale nel processo di innovazione introdotto della riforma, pur preservandone pertanto la necessaria unitarietà, sono stati ricercati nelle categorie civilistiche più tradizionali, così come nei principi generali e nelle figure giuridiche dalla valenza argomentativa generale.

Per le prime, è il caso, ad esempio della causa (del contratto, ma nella tradizione civilistica, riferibile al negozio), la cui presenza o, alternativamente, assenza 'in concreto' — alla stregua della tendenza ormai consolidatasi nella giurisprudenza della Suprema Corte ⁽⁷⁸⁾ — può determinare l'ammissibilità (ovvero inammissibilità, in caso di assenza) della domanda di concordato, ai fini tanto dell'apertura della procedura concordataria, quanto dell'omologazione del concordato ammesso al voto dei creditori. È stata, così, ritenuta priva di causa — con la conseguente inammissibilità della domanda — la proposta concordataria che offriva in pagamento ai creditori una percentuale del credito talmente bassa, da apparire *prima facie* irrisoria ⁽⁷⁹⁾, al punto da non poter essere neanche qualificata come 'pagamento' ⁽⁸⁰⁾, mentre successivamente e in tempi recenti le Sezioni Unite della Cassazione hanno chiarito che la valutazione di fattibilità del concordato — momento centrale del giudizio di ammissibilità — transita attraverso l'accertamento della causa in concreto, che non può mancare nel concordato preventivo, né essere 'assorbita', per così dire, dal voto dei creditori vertente sul diverso profilo della convenienza a percorrere la via concordataria rispetto alla liquidazione in sede fallimentare ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in « Corriere giuridico », 2006, p. 1718; nonché Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in « Foro italiano », 2009, I, c. 214. In dottrina, R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, Cedam, 2008.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Trib. Roma, 16 aprile 2008, in « Banca, borsa e titoli di credito », 2009, II, p. 736.

⁽⁸⁰⁾ Per un commento alla motivazione, in ordine alla qualificazione della « proposta », ci si permette di rinviare alle considerazioni, con i necessari riferimenti bibliografici, di F. MACARIO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in « Banca, borsa e titoli di credito », 2009, II, p. 736.

⁽⁸¹⁾ Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., che previene il disorientamento che avrebbe potuto ingenerarsi tra la tendenza ad affermare la piena competenza

Quanto ai principî, parimenti radicati nel sistema del diritto civile e, in particolare, della responsabilità patrimoniale, può essere sufficiente richiamare, tra i diversi esempi possibili, la giurisprudenza formatasi (con una tendenziale uniformità sul piano dei concetti e dell'argomentazione, pur nell'ampia varietà delle fattispecie concrete) in tema di domanda di concordato di gruppo, nel senso del rigoroso rispetto della 'destinazione' impressa dal legislatore al patrimonio del debitore vincolato alla garanzia del proprio creditore. La conseguenza è che le commistioni delle masse attive e passive riconducibili ai diversi soggetti del gruppo vengono neutralizzate nella situazione d'insolvenza, vigendo in tale sede, inderogabilmente, il principio fissato dall'art. 2740 c.c. della unità e universalità del patrimonio del debitore, interamente destinato al soddisfacimento dei suoi creditori⁽⁸²⁾. Ed è interessante notare che mai in passato tale principio è stato così frequentemente ricordato nelle motivazioni delle sentenze come nella giurisprudenza di questi ultimi anni relativa alla nuova disciplina delle procedure concorsuali.

La logica argomentativa, infine, che fa capo alle figure di teoria generale, come nel caso dell'abuso del diritto — una figura del discorso giuridico, si sa bene, cui il giurista si avvicina con un costante e comprensibile sospetto, se non diffidenza, e comunque

dei creditori circa la valutazione di fattibilità del concordato preventivo, riservando al giudice il ruolo di garante della completezza informativa della domanda mediante il controllo dell'idoneità della relazione del professionista (così Cass. 16 settembre 2011, n. 18987, in « Foro italiano », 2012, I, c. 135, con nota di M. FABIANI, *I disorientamenti della nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*) e l'indirizzo proposto da Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, *ibidem*, che riteneva l'impossibilità dell'oggetto, quale manifesta inidoneità della proposta ad essere adempiuta e non mera prognosi di inadempimento, causa d'inammissibilità della domanda.

⁽⁸²⁾ Cfr. App. Roma, 5 marzo 2013, in « Giurisprudenza di merito », 2013, p. 1817, secondo cui la proposta di concordato preventivo liquidatorio con cessione parziale dei beni, anche quando, nell'ambito di concordato di gruppo, si destini l'eccedente della cessione parziale al soddisfacimento dei creditori di altre società del gruppo, viola il principio di cui all'art. 2740 c.c. e risulta, pertanto, inammissibile; ma già Trib. Roma, 14 novembre 2012, in « Fallimento », 2013, p. 73; nonché Trib. Asti, 24 settembre 2012, *ivi*, 2013, p. 103, ove si ammette che ciascuna società può fare riferimento ad un piano unitario e ad una proposta unitaria rivolta a tutti i creditori delle tre società, salva però la separazione di ciascuna massa e l'approvazione separata da parte dei creditori di ciascuna società.

sempre con cautela — ha consentito alla giurisprudenza di affrontare le situazioni di più evidente anomalia nel funzionamento degli istituti e delle singole disposizioni, evitando distorsioni sul piano — va ancora sottolineato — della funzionalità e dunque della *ratio* dell'istituto e/o della norma volta a volta in esame, tanto in tema di concordato (preventivo e fallimentare), quanto nella vicenda, di nuovo conio legislativo, della domanda con riserva, o prenotativa di concordato (cfr. art. 160, comma 6, l.f.)⁽⁸³⁾.

Come considerazione di sintesi, si può ritenere confermata l'esistenza di una sorta di *fil rouge* nella vicenda delle procedure concorsuali negli ultimi due secoli; un filo rosso probabilmente già rintracciabile nel passato, ma certamente accentuatosi a partire dalla codificazione napoleonica: punire il fallito per il fatto stesso dell'insolvenza (e poi della dichiarazione di fallimento) e consentire la massima tutela dei diritti dei creditori anche mediante la conclusione di accordi e concordati, che tuttavia implicherebbero la piena legittimazione di tutte le parti, incluso il fallito (tranne nei casi di rilevanza penale dei fatti connessi all'insolvenza). Senza considerare che la cultura del sospetto verso il debitore insolvente rischia di distogliere l'attenzione su un aspetto fondamentale della posta in gioco, intimamente connesso con la tutela dei creditori, consistente nella salvaguardia dei valori produttivi, ai fini della conservazione del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori.

La forza della cultura punitiva, o almeno del condizionamento derivante da assetti normativi incentrati sulla sanzione, è dimostrata dal fatto che per circa due secoli l'ordinamento italiano ha visto imperare tale cultura, senza che riuscissero ad affermarsi compiutamente le suggestioni derivanti dalle elaborazioni della scienza giuridica civilistica e commercialistica con riferimento alle soluzioni alternative al fallimento, tradizionalmente confinate in uno spazio marginale (come procedure 'minori'). La riforma avviatasi nel 2005, di cui sono state ricordate le tappe fondamentali, ha senza dubbio

⁽⁸³⁾ Ha inaugurato la giurisprudenza sul punto Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in « Fallimento », 2013, p. 77, ma molte decisioni si sono aggiunte successivamente, con una tendenza ormai divenuta costante, che attende soltanto la conferma della Suprema Corte.

costituito un momento di forte discontinuità rispetto alla precedente normativa, rimasta ferma su soluzioni nella sostanza ottocentesche.

Se risultano chiare la volontà e le tecniche con cui ha operato il legislatore, non è affatto scontato che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza siano pronte a recepire immediatamente il mutato assetto valoriale di cui sono espressione le nuove norme. Ciò infatti implicherebbe una ricostruzione del diritto della crisi d'impresa 'nel' diritto privato generale, piuttosto che — come è accaduto sinora — 'accanto' allo stesso, per di più confinato ad una sorta di zona grigia coabitata dal diritto pubblico (in specie, amministrativo, processuale e penale), e dunque con una valorizzazione degli strumenti concettuali del diritto privato. La giurisprudenza ricordata, in via soltanto esemplificativa su alcuni temi particolarmente complessi rispetto al dato normativo letterale, rappresenta un chiaro indice dello sforzo che andrebbe svolto in questa direzione, indipendentemente dalla condivisione degli esiti. Ciò che rileva, in questa direzione, è la prospettiva metodologica, che si risolve in un'opzione culturale e che, al tempo stesso, rivela i tratti di una scelta valoriale.

Qualora questi primi esempi di razionalizzazione della materia si moltiplicassero, divenendo espressione di un sentire condiviso, si assisterebbe ad un fenomeno in controtendenza, per così dire, nel momento in cui vanno accentuandosi — almeno apparentemente — i processi di specializzazione del diritto privato, suddiviso ma anche frammentato in molteplici settori (caratterizzati, peraltro, da elementi puramente fenomenologici e occasionali). La classica dialettica tra diritto dei privati e dei commercianti che, stimolata dalla formula semplificante ma anche riduzionistica della c.d. 'commercializzazione' del diritto privato, aveva condotto alla reazione propositiva della 'ri-commercializzazione' del diritto commerciale⁽⁸⁴⁾, sembrerebbe aver subito un processo degenerativo con la parcellizzazione delle materie, non giustificata da (e anzi in contrasto con) l'esigenza di razionalizzazione del sistema.

Per arginare l'inausto esito occorre ricondurre la specialità ai principî e alle categorie ordinanti, tanto i primi quanto le seconde

(84) Per una recente e autorevole ricostruzione del discorso, G. B. PORTALE, *Lezioni pisane di diritto commerciale*, a cura di F. Barachini, Pisa, University Press, 2014, p. 9 e ss., spec. 18 e ss.

frutto dell'elaborazione concettuale dei giuristi e non dell'occasionalità con cui il legislatore costruisce i micro-settori (che in un particolare contesto, risalente a qualche decennio addietro, venivano definiti « microsistemi »). L'autonomia, qui delineata come 'privata', rappresenta un decisivo momento di coesione, ossia di aggregazione concettuale del sistema (s'intende, del diritto privato generale), esprimendo tanto il dato propulsivo e il filo conduttore del percorso, quanto l'obiettivo consistente nella valorizzazione delle istanze della società civile all'interno dell'esperienza giuridica.

EMANUELA NAVARRETTA

L'EVOLUZIONE DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE FRA IDEOLOGIE E PRINCIPI

1. L'antefatto. — 1.1. Il fondamento ideologico della libertà contrattuale al di fuori del sistema positivo. — 1.2. L'autonomia privata nell'alveo dell'ordinamento giuridico. Alla ricerca del fondamento dell'autonomia nella dialettica fra pregiuridico e giuridico. — 2. L'autonomia contrattuale nel quadro del sistema positivo e dei principi costituzionali. — 2.1. L'avvio della riflessione finalizzata a legittimare i limiti all'autonomia contrattuale. — 2.2. Il retroterra dell'esperienza tedesca. Dalla Costituzione di Weimar alla Costituzione di Bonn passando attraverso l'ordoliberalismo e l'economia sociale di mercato. Cenni. — 2.3. L'art. 41 C. e il compromesso costituzionale. — 3. I limiti all'autonomia contrattuale nel quadro dei principi costituzionali. La riflessione degli anni '50 e '60 del secolo scorso. — 3.1. La Costituzione, le clausole generali e il contratto. — 3.1.1. La Costituzione, la clausola di correttezza e buona fede e il canone dell'equità. — 3.1.2. La Costituzione e le clausole dell'ordine pubblico e del buon costume. — 3.2. Le riflessioni dottrinali sulla proiezione orizzontale del principio di uguaglianza. — 4. Principi costituzionali e autonomia privata negli anni '70. — 4.1. Proiezione verticale del principio di uguaglianza sostanziale e fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale nel pensiero della dottrina. — 4.2. I limiti all'autonomia contrattuale e la legislazione interventista degli anni '70. L'ingerenza dello Stato nell'economia, i principi costituzionali e il contratto a servizio delle politiche sociali. — 4.3. L'«uso alternativo del diritto» e i principi costituzionali. Le clausole generali e le contrapposizioni ideologiche. — 5. La falsa 'deideologizzazione' dell'autonomia contrattuale e il neoliberalismo degli anni '80 e '90. Il passaggio dalla Costituzione ai principi del Trattato di Maastricht. — 6. Il contratto e i principi dell'Unione europea. — 6.1. La libertà di concorrenza, la regolamentazione del mercato e la conformazione del contratto. — 6.2. Le libertà fondamentali, il mercato unico e l'impatto sulla legislazione contrattuale e sul contratto. — 7. Dalle libertà fondamentali ai valori del personalismo. L'influenza del Trattato di Lisbona. — 7.1. Il principio di non discriminazione: l'autonomia contrattuale e la pari dignità di accesso alla negoziazione. — 7.1.1. Autonomia contrattuale e proiezione orizzontale del principio di uguaglianza. — 8. Autonomia contrattuale, principio di uguaglianza sostanziale e giustizia contrattuale. — 9. L'attrazione del dibattito sull'autonomia contrattuale verso i principi 'alti' e la dialettica fra giustizia contrattuale e giustizia sociale nella sintesi dell'economia sociale di mercato. — 10. La crisi del principio dell'autonomia e delle politiche economiche e sociali ai tempi del Trattato MES e del Trattato sul *Fiscal Compact*. Barlumi di possibili soluzioni e linee di tendenza.

1. *L'antefatto.*

1.1. *Il fondamento ideologico della libertà contrattuale al di fuori del sistema positivo.*

L'autonomia privata è categoria che si afferma attraverso il superamento delle concezioni che ravvisano il fondamento della libertà contrattuale e del negozio giuridico al di fuori del sistema positivo: nella volontà di un soggetto, dotato di autoresponsabilità morale, legittimato dal giusnaturalismo razionalista ⁽¹⁾; o nel dogma volontaristico avallato dal concettualismo della Pandettistica ⁽²⁾, che identificava « nella volontà di per se stessa [...] l'unico elemento determinante ed efficace » ⁽³⁾.

Nella visione giusnaturalistica non solo la legittimazione del contratto non discendeva dall'ordinamento, ma anzi era quella categoria che giustificava — sia pure tramite la « favola didascalica » del contratto sociale ⁽⁴⁾ — il meccanismo costitutivo dello Stato e del diritto.

A sua volta, il formalismo giuridico ⁽⁵⁾ non assoggettava il contratto ai dettami dell'ordinamento, ma considerava il negozio e l'autonomia privata manifestazioni della personalità umana, radicate nella volontà che era l'asse portante dell'astratta trama concettuale costitutiva del sistema pandettistico ⁽⁶⁾. Sullo sfondo si stagliava la

(1) GROZIO, *De iure belli ac pacis. Libri tres*, Amsterdam, 1625, cap. XII, par. VII ss.

(2) Cfr. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 1967, trad. it., *Storia del diritto privato moderno*, Milano, 1980, II, p. 123 e ss.

(3) VON SAVIGNY, *System des heutige römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, par. 134, p. 157 e ss.

(4) Del contratto sociale — scrive WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., I, p. 406 e ss. — i giusnaturalismi si sono serviti « come d'una specie di favola didascalica (*fabula docet*) d'un'origine del diritto affrancata da ogni contrasto, una favola che [...] faceva appello ad una verità metastorica al di fuori del tempo, e non già ad una realtà storica concreta ».

(5) WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., II, p. 126.

(6) PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, I, Leipzig, 1853, p. 101 dove parla della « *Genealogie der Begriffe* ».

filosofia kantiana e l'idea per cui la volontà « è una legge a se stessa » (7) e si alimenta al principio di libertà (8).

La mancata subordinazione ai dettami dell'ordinamento positivo non equivaleva, tuttavia, ad una carenza di riferimenti o di condizionamenti ideologici, che viceversa erano ben presenti e tali da introdurre due fra i più importanti fili conduttori, ovviamente nel tempo non immutabili, di quello che sarà il sostrato dell'autonomia contrattuale.

La concezione groziana, antesignana delle letture solidariste, rifletteva, nel campo del diritto, l'etica aristotelico-tomista e lo permeava di una valenza assiologica, che subordinava il contratto al rispetto dell'*aequalitas*: « *In ipso actu principali haec desideratur aequalitas, ne plus exigatur quam par est. [...] Quod enim promittunt aut dant, credendi sunt promittere aut dare tamquam aequale ei quod accepturi sunt, utque ejus aequalitatis ratione debitum* » (9).

Per converso, il concettualismo pandettistico non risultava, pur nell'astrattezza denunciata da von Gierke (10), ideologicamente anodino; al contrario, insensibile al fattore sociale, come rilevato da Menger (11), si poneva in una naturale sintonia con la visione liberale della società borghese e con una concezione economica di stampo liberista (12). Si faceva interprete, sul terreno giuridico, di quella costruzione smithiana (13) che, senza indulgere sino in fondo all'ingenua metafora (14) della mano invisibile (divenuta con il tempo un

(7) KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, *Fondazione della metafisica dei costumi*, a cura di Marietti, testo tedesco a fronte, Milano, 1995, p. 197.

(8) Ivi, p. 211 e ss.

(9) GROZIO, *De iure belli ac pacis. Libri tres*, cit., cap. XII, par. XI, p. 159.

(10) VON GIERKE, *Das bürgerliche Gesetzbuch und das deutsche Reichstag*, Berlin, 1896.

(11) MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, Vierte Auflage, Tübingen, 1890, cap. XXXVII, p. 150 e ss.

(12) Sulle distinzioni e connessioni fra liberismo e liberalismo cfr. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, 1931, nuovamente pubblicato in CROCE-EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, Milano, 2011, p. 93 e ss.

(13) SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, 1776, nuovamente pubblicato da Mondadori, Milano, 1977, Libro IV, Cap. II, p. 442 e ss.

(14) Guido Rossi definisce, in una intervista del 2008 a Repubblica, abusata e anche ironica l'immagine della mano invisibile, che Adam Smith aveva ripreso dal

mito ⁽¹⁵⁾), aveva fondato la politica del *laissez faire* (o meglio, di un intervento limitatissimo dello Stato in economia) sul « principio morale di simpatia » e sul principio di astratta uguaglianza formale, a sua volta, pietra miliare nella costruzione del contratto.

1.2. *L'autonomia privata nell'alveo dell'ordinamento giuridico. Alla ricerca del fondamento dell'autonomia nella dialettica fra pregiuridico e giuridico.*

Con la critica al dogma volontaristico ⁽¹⁶⁾, l'affermarsi della categoria dell'autonomia privata all'interno del sistema giuridico ⁽¹⁷⁾ sposta sia il problema del fondamento di tale potere sia quello del suo condizionamento ideologico e assiologico sul terreno della dialettica con l'ordinamento giuridico.

Il passaggio alla dimensione giuspositivistica avviene, invero, gradualmente e sembra focalizzare tutta l'attenzione sul fondamento dell'autonomia. Questa, ancora in bilico e sospesa fra pregiuridico e giuridico, risulta intrappolata nelle maglie di un dilemma che tormenta il filosofo ⁽¹⁸⁾, prima ancora che il giurista. Ci si interroga se « l'attributo della giuridicità [...] derivi [al negozio] dalla volontà o dalle volontà che l[o] pongono in essere, o se viceversa tale attribuzione sia ad ess[o] derivata da una norma superiore, estranea alla volontà del soggetto o dei soggetti del negozio » ⁽¹⁹⁾. L'alternativa fra il « sistema [designato] dell'autonomia » e quello « dell'eteronomia della norma » non consente al filosofo una mediazione e lo

Macbeth di Speakespeare. Lo stesso EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, cit., p. 100 riconosce all'immagine « nulla più che un valore storico ».

⁽¹⁵⁾ Fortemente critico rispetto a tale mito LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁽¹⁶⁾ SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 80 e ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935, p. 6 e ss.

⁽¹⁸⁾ PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, ristampa del 2006, con la *Prefazione* di Irti, p. 11 e ss.

⁽¹⁹⁾ Ivi, pp. 29-30.

induce dapprima ad affidarsi al corso storico per poi propendere verso un anelito di « trascendente »⁽²⁰⁾.

Meno sofferta e più concreta è la reazione dei giusprivatisti.

La dialettica tra effetti empirici (o pratici) ed effetti giuridici vede variamente modulato il ruolo dell'ordinamento giuridico nella giustificazione dell'autonomia: nei termini di una coesistenza tra legge e volontà⁽²¹⁾; attraverso l'immagine di una sorta di ponte fra pregiuridico e giuridico (la volontà diretta ad un effetto giuridico o ad un fine pratico tutelato dal sistema positivo)⁽²²⁾; attraverso il giudizio di compatibilità fra i valori che esprime il negozio e i valori che esprime l'ordinamento giuridico⁽²³⁾; o infine tramite il paradigma del « riconoscimento »⁽²⁴⁾ degli effetti empirici⁽²⁵⁾ o dell'auto-regolamento di interessi⁽²⁶⁾ o della stessa autonomia dei privati⁽²⁷⁾, in un graduarsi di soluzioni che potenziano talora l'autonomia talora l'eteronomia⁽²⁸⁾ e spesso una dimensione intermedia e di passaggio, quale la « coscienza sociale »⁽²⁹⁾.

Valorizza, in particolare, quest'ultima la concezione bettiana⁽³⁰⁾ che guarda al sociale non solo per la sua rilevanza in campo pregiuridico, ma anche per la sua attitudine a selezionare il giuridicamente « meritevole di tutela ». Da un lato, si riconosce che « i

⁽²⁰⁾ Cfr. sul punto IRTI, *Il negozio giuridico nel pensiero di Alessandro Passerin d'Entrèves*, in *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, cit., p. XIII.

⁽²¹⁾ A questa visione IRTI, ivi, pp. VII-VIII aggiunge le concezioni ingenue di coloro « che assegnano una parte alla legge una parte alla volontà » il compito di legittimare il negozio.

⁽²²⁾ CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, rist. dell'ed. del 1948, con introduzione di P. Rescigno, Napoli, 2011, p. 75 e ss.

⁽²³⁾ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, p. 60.

⁽²⁴⁾ Cfr. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, p. 1.

⁽²⁵⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 149 e ss.

⁽²⁶⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Rist. corretta della II ed. (1950, la I ed. era del 1943), con *Introduzione* di G.B. Ferri, a cura di Crifò, Napoli, 1994, p. 53.

⁽²⁷⁾ SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, p. 27.

⁽²⁸⁾ Secondo PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1968, p. 669 il negozio giuridico ha « carattere subordinato rispetto alle norme dell'ordinamento ».

⁽²⁹⁾ V. *infra* note nn. 30, 33 e 34.

⁽³⁰⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 43 e ss.

privati [...] esplicano [un'autonomia] già sul terreno sociale nei rapporti tra loro »⁽³¹⁾; da un altro lato, si lega il passaggio dal sociale al giuridico al vaglio della funzione economico-*sociale*⁽³²⁾ riferita, nei contratti atipici, « alle valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale », in sintesi alla « tipizzazione sociale »⁽³³⁾, che esclude dal giuridico l'« *individuum* ineffabile »⁽³⁴⁾.

Nonostante il rilevante tributo riconosciuto dall'Autore alla dimensione del sociale, che indirettamente potenzia ciò che è spontaneamente prodotto dall'autonomia dei privati, la sua concezione viene contestata proprio da chi quello spazio individuale voleva, viceversa, potenziare e, all'uopo, rivendicava una sorta di priorità eziologica alla volontà, in quanto causa immediata dell'effetto giuridico⁽³⁵⁾.

Dietro tanta enfasi nel potenziare la componente dell'autonomia, si fa strada il vero oggetto del contendere che non è in sé il fondamento del negozio, quanto la problematica che ne discende, ossia la questione dei limiti⁽³⁶⁾ che l'ordinamento può apporre

(31) Ivi, p. 51. Anche R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 95 e 99 qualifica l'autonomia privata come autonomia sociale nel senso che si esplica « nell'ambito delle relazioni intersoggettive »: è « l'attitudine dei privati a darsi regola da sé nel campo delle loro relazioni economico-sociali ».

(32) Il corsivo è aggiunto.

(33) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 192. Anche sotto questo profilo R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 118 riprende fedelmente Betti, parlando di funzione del contratto « approvata [...] e adottata dalla coscienza sociale ».

(34) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 193.

(35) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961 (rist. inalterata dell'ed. del 1947), p. 16. Significativo il titolo dell'Introduzione al volume: « Libertas est radix voluntatis », ivi, p. VII. L'effetto giuridico viene « grosso modo a corrispondere — scrive R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 150 — alle disposizioni prese dalle parti » e si sviluppa — secondo la teoria della pluralità degli ordinamenti di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, s.d., p. 58 — in una dimensione che è giuridica ancor prima del « riconoscimento dell'ordinamento privato da parte dell'ordinamento statale », così SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata (apunti)*, cit., p. 27.

(36) Focalizzano in particolare il problema del limite F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., p. 2 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 155 e ss.

all'autonomia contrattuale, inevitabilmente condizionati dall'ideologia che nel profondo ispira il contratto.

La teoria bettiana, benché rispettosa, attraverso la sedimentazione del sociale, del potere dell'autonomia, viene avversata in quanto considerata — anche per il contesto storico nel quale era stata formulata — paradigma di una visione dirigistica dell'economia.

L'obiettivo della battaglia per il negozio valore ⁽³⁷⁾ e non fatto né valore valutato non è vincere una sorta di contesa fra pregiuridico e giuridico, ma utilizzare la dimensione del valore per far prevalere una concezione economica il più possibile rispettosa della libertà dei privati, tanto da far auspicare l'abrogazione dell'art. 1339 c.c. ⁽³⁸⁾.

Lo strumento che consente di abbattere ogni filtro intermedio fra individuo e Stato ⁽³⁹⁾ è ancora una volta la categoria della causa che, sostituendo all'aggettivo sociale quello individuale ⁽⁴⁰⁾ e identificando il controllo di meritevolezza con il limite della liceità, concorre a far ritornare il contratto alla visione liberista dell'economia e del diritto, solidamente fondata sui due capisaldi della libertà e dell'astratta uguaglianza formale tra i contraenti ⁽⁴¹⁾.

2. *L'autonomia contrattuale nel quadro del sistema positivo e dei principi costituzionali.*

2.1. *L'avvio della riflessione finalizzata a legittimare i limiti all'autonomia contrattuale.*

Se fra le norme repute più 'scomode' dai fautori di un ritorno

⁽³⁷⁾ Così G.B. FERRI, *Negozio giuridico*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di G.B. Ferri e Angelici, Torino, 1997, p. 13 e ss. Cfr. altresì DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 90 e ss.

⁽³⁸⁾ In tal senso RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in « Moneta e credito », 1948, p. 531.

⁽³⁹⁾ G.B. FERRI, *Negozio giuridico*, cit., p. 190.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 249.

⁽⁴¹⁾ Cfr. in tal senso G.B. FERRI, *Meritevolezza di interesse e utilità sociale*, in « Riv. Dir. Comm. », 1971, II, p. 90. Ravvisa in detti principi i pilastri dell'*ideologia del contratto* che, dalla matrice ottocentesca, si proietta sino a metà del '900 ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 28 e ss.

alla visione liberista del contratto vi era l'art. 1339 c.c., è proprio da tale disposizione che traggono spunto i fautori di una nuova concezione del contratto, che si intende collocare nel « mutato quadro istituzionale » (42).

L'immagine dell'« incontro [...] tra negozio e ordinamento [...] in termini di autorizzazione o concessione » (43) sigla il definitivo dominio del sistema positivo, mentre l'asse portante dell'ideologia e dei principi ispiratori del contratto si sposta definitivamente sui principi costituzionali: perfetto « surrogato positivistico (o storicistico) del metafisico » (44) che consente di superare ogni strascico di giusnaturalismo, ancora sotteso al richiamo alla dimensione pregiuridica.

Al contempo, le certezze oramai acquisite con l'abbraccio definitivo da parte del sistema positivo allontanano l'indagine dal *focus* del fondamento dell'autonomia per proiettarla direttamente sul tema, da sempre centrale, dei limiti opponibili alla stessa, problema rispetto al quale il riconoscimento costituzionale dell'autonomia si dimostra, in questa fase, puramente strumentale.

L'intreccio tra fondamento dell'autonomia e suoi limiti emerge sin dalle pronunce della Corte costituzionale dei primi anni sessanta (45). Chiamati ad esaminare una serie di disposizioni relative alla perequazione dei canoni di affitto in grano relativamente al periodo bellico e immediatamente post-bellico, i giudici delle leggi riconoscono, sia pure implicitamente, la legittimazione dell'autonomia contrattuale attraverso gli artt. 41 e 42 Cost. e, per tale via, reputano giustificate le limitazioni ispirate al principio dell'utilità sociale.

L'esigenza di quegli anni di accreditare i limiti più che di garantire il principio allontana la riflessione sull'autonomia, diversamente da quanto accade nel modello tedesco, dall'alto rango dei

(42) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 45.

(43) Sono parole di V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria - Manifestazione - Astrazione - Efficacia*, Milano, 1998, p. 23 con riferimento soprattutto al pensiero di PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 668 e di SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, VII ed., 1962, p. 124.

(44) HEIDDEGER, *Holzwege*, Frankfurt, 1977, p. 227.

(45) C. cost., 27 febbraio 1962, n. 7, in « *Giur. Cost.* », 1962, p. 73 e ss., con nota di GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di 'ragionevolezza' delle norme speciali?*

diritti inviolabili della persona, per farla opportunamente convergere verso l'art. 41 C. (talora abbinato all'art. 42 C.) sia nella prospettiva di un riconoscimento costituzionale indiretto dell'autonomia ⁽⁴⁶⁾ sia nell'ottica che le nega tale fondamento, ma ritiene che la disciplina del contratto debba comunque riferirsi agli artt. 41 e 42 C., in quanto « componenti di un sistema unitario », e specificamente al parametro dell'utilità sociale ⁽⁴⁷⁾.

2.2. *Il retroterra dell'esperienza tedesca. Dalla Costituzione di Weimar alla Costituzione di Bonn passando attraverso l'ordoliberalismo e l'economia sociale di mercato. Cenni.*

La relazione che si delinea a partire dagli anni '50 e '60 tra autonomia contrattuale e principi costituzionali e tra questi e gli obiettivi di politica economica non possono essere compresi a pieno se non si volge rapidamente lo sguardo alle pregresse vicende dell'ordinamento tedesco nonché al dibattito in seno alla Costituente intorno soprattutto all'art. 41 C.

È innanzitutto alla *Weimarer Verfassung* che si deve il primo riconoscimento esplicito, in un testo costituzionale, della libertà contrattuale nonché il suo inquadramento in una prospettiva dominata dalla riserva di legge e dal perno assiologico della giustizia. « I rapporti economici — recitava l'art. 152 — sono regolati dal principio della libertà contrattuale in conformità alle disposizioni della legge. L'usura è proibita. Gli atti giuridici immorali sono nulli ». Asse portante di tale previsione, che introduceva elementi prettamente privatistici in un testo costituzionale, era la norma generale sulla libertà economica (l'art. 151) la cui tutela era condizionata al rispetto delle « norme fondamentali della giustizia » e alla garanzia

⁽⁴⁶⁾ Cfr. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale della autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, diretto da Calamandrei e Levi, I, Firenze, 1950, p. 191; GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto*, cit., p. 92 e s.; MENGONI, *Programmazione e diritto*, in « *Ius* », 1966, p. 11 dell'estratto.

⁽⁴⁷⁾ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 49; P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Milano, 1979, p. 243 nega la rilevanza costituzionale dell'autonomia contrattuale, anche se riconosce che attraverso l'ordine pubblico il suo esercizio debba comunque essere subordinato al rispetto dei principi costituzionali.

per tutti di « un'esistenza degna dell'uomo », ragioni che giustificavano, tramite le leggi del *Reich*, una limitazione della stessa libertà.

Fra la preziosa esperienza della Costituzione di Weimar e l'assordante silenzio, rispetto alla libertà contrattuale, della Costituzione di Bonn ⁽⁴⁸⁾ non si rinviene unicamente il frastuono del totalitarismo e il buio del diritto. Proprio in quegli anni si colloca, spesso all'ombra dell'esilio, l'innovativa e rivoluzionaria riflessione della Scuola di Friburgo che, nel tentativo di « offrire una terza via tra *laissez faire* e totalitarismo » ⁽⁴⁹⁾, tracciava un itinerario di pensiero che alla fine del millennio avrebbe contribuito a costruire l'assetto economico-giuridico dell'Unione europea. Perno del manifesto ordoliberalista del 1936 ⁽⁵⁰⁾ è la consapevolezza dell'esigenza di affidare al diritto il ruolo di plasmare la politica economica, attribuendo alla Costituzione economica il compito di assumere « una decisione politica di carattere generale su come strutturare la vita economica della nazione » ⁽⁵¹⁾.

Il valore che il pensiero ordoliberalista conferisce alla Costituzione trova riscontro nell'immediata reazione sia del *Bundesverfassungsgericht* sia della dottrina tedesca alla mancata considerazione della libertà contrattuale nel testo fondamentale emanato a Bonn. Il riconoscimento implicito di tale libertà viene ravvisato nel « libero sviluppo della personalità », di cui al primo comma dell'art. 2 della Costituzione tedesca ⁽⁵²⁾, offrendo all'autonomia contrattuale piena tutela nei limiti del rispetto dei diritti altrui, dell'ordinamento costituzionale e della legge morale.

Negli stessi anni nei quali il pensiero giuridico attribuiva in via ermeneutica rango costituzionale alla libertà contrattuale, la rifles-

⁽⁴⁸⁾ « Das Grundgesetz [...] — scriveva NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, Köln-Berlin-München-Bonn, 1965, p. 21 — keine Abschnitt und keine ausdrücklichen Vorschriften über die Wirtschaftsverfassung enthält ».

⁽⁴⁹⁾ SALLY, *Ordoliberalism and the social market: classical political economy from Germany*, in *Classical Liberalism and International Economic Order*, London, 1998, p. 106.

⁽⁵⁰⁾ EUCKEN, BOHM, GROSSMAN-DOERTH, *The Ordo Manifesto of 1936*, in *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, ed. Peacock and Willgerodt, London, 1989, p. 23 e s.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵²⁾ NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, cit., p. 27 e ss.

sione economica — attraverso il pensiero di Rüstow ⁽⁵³⁾ e di Röpke ⁽⁵⁴⁾ — maturava una sensibilità per il sostrato sociale sotteso al fenomeno economico, che era stata, viceversa, assente nelle prime elaborazioni del neoliberalismo. Dall'aspirazione di Rüstow ad una solidarietà non competitiva si giunge, con il padre della formula dell'economia sociale di mercato, Alfred Müller Armack ⁽⁵⁵⁾, al concetto di « social irenics » all'obiettivo cioè di « una sintesi irenica [volta] riconciliare i principi ordinatori del « sociale » e del « mercato » ⁽⁵⁶⁾. La formula dell'economia sociale di mercato, che diventerà — dopo oltre mezzo secolo — pietra miliare del trattato di Lisbona, diffonde, sin dai primi anni '50, l'idea che si debba fare affidamento sullo spontaneo rispetto dei doveri di solidarietà sociale, ma, ove questo difetti o non risulti sufficiente, debba operare un principio di sussidiarietà che consente al legislatore di intervenire in funzione costruttiva o anche limitativa della libertà contrattuale ⁽⁵⁷⁾, onde migliorare le condizioni di vita, retributive e lavorative dei consociati ⁽⁵⁸⁾.

2.3. *L'art. 41 C. e il compromesso costituzionale.*

La riflessione della dottrina economica tedesca, oltre ad anticipare temi che saranno dominanti a cavallo tra il vecchio e il nuovo millennio, si riverbera, già negli anni '40, sul dibattito ⁽⁵⁹⁾ svoltosi in seno alla Costituente con riguardo all'art. 41 C. ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵³⁾ RÜSTOW, *Liberal intervention* (1932), in *Standard Text on the Social Market Economy*, ed. Ludwig-Erhard-Stiftung-V. Bonn, Stuttgart-New York, 1982, p. 183 e ss.

⁽⁵⁴⁾ RÖPKE, *The guiding Principles of the Liberal Programme* (1944), in *Standard Text on the Social Market Economy*, cit., p. 187 e ss.

⁽⁵⁵⁾ ARMACK, *Social Irenics* (1950), in *Standard Text on the Social Market Economy*, cit., p. 347 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Così testualmente SALLY, *Ordoliberalism and the social market: classical political economy from Germany*, cit., p. 125.

⁽⁵⁷⁾ NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, cit., p. 57.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 61.

⁽⁵⁹⁾ I lavori dell'Assemblea Costituente sono oggi disponibili sul sito su www.nascitacostituzione.it a cura di Calzaretti.

⁽⁶⁰⁾ Sulla norma cfr. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 582 e ss.; GALGANO, *Commento sub art. 41 C., Rapporti economici*,

A *latere* di visioni classiche del liberismo ⁽⁶¹⁾, non mancarono proposte di regolamentazione del mercato ⁽⁶²⁾ o interventi che rimarcarono il distacco dal passato della nuova visione liberista, che « accetta [l'idea] di nazionalizzazione, di controllo e di coordinamento dello Stato » ⁽⁶³⁾.

Tale componente non fu però la sola a plasmare il volto della norma, l'art. 41 C., che sarebbe divenuta referente costituzionale dell'autonomia contrattuale. La sua più spiccata identità fu quella dell'adesione ad un modello di economia mista ⁽⁶⁴⁾ volta sostanzialmente ad una sintesi fra visione liberista, prospettiva solidarista cattolica e concezione marxista.

Simile connubio non mancò di suscitare il dilemma su quale fosse il vero principio economico accolto dalla Costituzione ⁽⁶⁵⁾ e l'ironia sferzante di chi immaginava l'incontro fra un conservatore e un progressista, dove il primo avrebbe sostenuto che « l'iniziativa economica privata è libera » [mentre il secondo avrebbe replicato che essa] « non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana » ⁽⁶⁶⁾.

Ciò nonostante, la formula compromissoria ⁽⁶⁷⁾ dimostrò sto-

t. II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Roma, 1982, p. 8 e ss.; OPPO, *L'iniziativa economica*, in « Riv. dir. civ. », 1988, I, p. 309 e ss.

⁽⁶¹⁾ Il riferimento è, ad esempio, al pensiero degli onorevoli Mastrojanni e Maffioli.

⁽⁶²⁾ Così l'on. Einaudi che propose un emendamento all'art. 41 C. relativo al divieto di monopoli e di posizioni privilegiate sul mercato.

⁽⁶³⁾ In questi termini l'on. Lucifero in risposta all'on. La Pira.

⁽⁶⁴⁾ LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1991, V, p. 376 e ss.

⁽⁶⁵⁾ Fu l'on. Bozzo a sollevare il quesito su quale principio avesse accolto l'art. 41 C. se un « principio improntato ad una concezione liberale, sia pure opportunamente temperata, oppure il principio di intervento statale ».

⁽⁶⁶⁾ Sono parole dell'on. Calamandrei.

⁽⁶⁷⁾ Sintetizzò la scelta l'on. Laconi parlando della « possibilità di introdurre determinati elementi di una economia pianificata, coordinata in modo da poter venire incontro alle necessità delle grandi masse lavoratrici, rispettando i metodi della democrazia e la libertà ».

Il compromesso vide la componente liberale, riflessa nel comma di apertura della norma, cercare il sostegno delle altre concezioni proprio prendendo le distanze dall'e-

ricamente la sua forza non solo nel riflettere una complessità sociale che avrebbe visto costantemente coesistere visioni conservatrici e visioni progressiste, ma soprattutto nell'asseverare la prevalenza ora delle une ora delle altre voci, mano a mano che l'evolversi del contesto politico e i cambiamenti nella realtà economica vedevano alternarsi fasi di sviluppo a fasi di crisi e recessione. Se è vero infatti che l'economia è plasmata dal diritto, è altrettanto evidente che le vicende economiche e l'assetto sociale condizionano fortemente le soluzioni giuridiche e si proiettano precipuamente sul contratto.

La compresenza nella medesima norma del riconoscimento dell'iniziativa privata, del limite costituito dall'utilità sociale e dalla tutela della persona e, da ultimo, della programmazione e del controllo sull'attività economica avrebbe legittimato, sempre all'ombra della disposizione costituzionale, le più svariate politiche economiche — dal solidarismo all'interventismo, dal neoliberalismo alla ripresa dei temi sociali in concomitanza con la crisi — preservando tuttavia in ogni caso quella commistione di impronte che avrebbe impedito di esasperare i caratteri di ciascuna concezione.

3. *I limiti all'autonomia contrattuale nel quadro dei principi costituzionali. La riflessione degli anni '50 e '60 del secolo scorso.*

3.1. *La Costituzione, le clausole generali e il contratto.*

3.1.1. *La Costituzione, la clausola di correttezza e buona fede e il canone dell'equità.*

Un primo riferimento ai principi costituzionali in funzione di controllo dell'autonomia contrattuale si rinviene, nella metà degli

stremismo del *laissez faire*. La mediazione venne a sua volta facilitata dal pensiero cattolico, e specificamente dall'on. Moro, che, da un lato, auspicava un controllo dell'economia per conseguire un maggiore benessere sociale ma, da un altro lato, escludeva visioni totalitariste dello Stato che avrebbe invece dovuto riconoscere l'iniziativa privata, salvo poi coordinarla, disciplinarla, orientarla. Da ultimo la mediazione venne consentita dal pensiero dell'on. Togliatti nel Discorso al Convegno Economico del PCI di Roma del 1945 dove disse: « anche se fossimo oggi al potere da soli, faremmo appello per la ricostruzione all'iniziativa privata », cfr. sul punto LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., p. 47.

anni '50, nelle riflessioni dedicate al contratto di lavoro ⁽⁶⁸⁾. Il raffronto fra due norme di legge « di diversa età e di diversa rilevanza » ⁽⁶⁹⁾ — l'art. 2087 c.c. e l'art. 41 della Costituzione — offre legittimazione al passaggio, dall'impresa al contratto, del limite costituito dalla tutela della personalità ⁽⁷⁰⁾.

Ma la prospettiva di indagine, già nel 1961, si allarga dal contesto giuslavoristico al rapporto obbligatorio in generale e all'intera disciplina del contratto ⁽⁷¹⁾. A fronte della « pratica obliterazione » ⁽⁷²⁾ della clausola di buona fede e correttezza, tacciata di legittimare valutazioni arbitrarie ⁽⁷³⁾ da parte dell'interprete, viene rimosso lo spettro del soggettivismo e delle infiltrazioni etiche tramite il riferimento giuspositivistico alla Costituzione.

In un affascinante dialogo virtuale fra presente e passato, l'interpretazione storico-evolutiva che adduceva l'abrogazione implicita delle norme sulla correttezza, in quanto correlate ai valori del corporativismo ⁽⁷⁴⁾, o che, con analoghe motivazioni, subordinava l'art. 1366 c.c. al presupposto del dubbio ⁽⁷⁵⁾ viene accusata a sua volta di antistoricismo e di intento di restaurazione dell'ideologia borghese e liberista, imperante sotto il codice del 1865.

Si fa strada, dunque, quale vera interpretazione storico-evolutiva, la sostituzione dei principi della solidarietà corporativa,

⁽⁶⁸⁾ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, spec. p. 68 e ss.; ID., *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, 1956, rist. 1993, in *Diritti fondamentali e categorie civilistiche. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, p. 431 e ss.; ID., *La Constitution de 1948 et la réglementation du travail en Italie*, 1959, rist. 1993, ivi, p. 957 e ss.

⁽⁶⁹⁾ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, cit., p. 431.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 432.

⁽⁷¹⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, 1961, rist. 1993, in *Diritti fondamentali e categorie civilistiche. Scritti di Ugo Natoli*, cit., p. 669 e ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, vol. I, prima ed. 1961, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1984, p. 33 e ss.

⁽⁷²⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., p. 689.

⁽⁷³⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁴⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 33.

⁽⁷⁵⁾ RUBINO, *Sui limiti dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede*, in « Giur. Compl. Cass. Civ. », 1947, II, p. 366.

che la relazione ministeriale al codice ⁽⁷⁶⁾ correlava con la buona fede, con i principi generali del nuovo « ordinamento giuridico dello Stato » ⁽⁷⁷⁾: i principi della Costituzione e, precisamente, l'obiettivo di garantire « il [...] rispetto della personalità dei soggetti » ⁽⁷⁸⁾, « della loro sicurezza, della loro libertà e della loro dignità umana (artt. 2, 3, 4, 36, 37, 41, 42, etc. Cost.) » ⁽⁷⁹⁾. Non si deve confondere — osservava un autorevole giurista ⁽⁸⁰⁾ — « quel che è peculiare di un determinato regime politico con quel che ad esso si accompagna come portato di esigenze che vanno al di là dell'occasione politica, trovando analogie anche in sistemi fondati su principi diversi ».

La correlazione tra clausola di buona fede e principi costituzionali aggrega una pluralità di scuole ma, mentre i Maestri della scuola civilistica pisana ⁽⁸¹⁾, pur fortemente motivati sul piano delle ideologie, assoggettavano i valori ad una rigorosa fedeltà all'impianto concettuale tradizionale e positivo e dunque, nel rispetto dell'art. 1366 c.c., racchiudevano la proiezione assiologica nel procedimento ermeneutico, altra dottrina, più determinata nell'incidere sulle categorie civilistiche, ravvisava nella correttezza « una limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata » ⁽⁸²⁾ e faceva svolgere alla buona fede oggettiva una funzione integrativa del contratto.

Non mancò, infine, un tentativo per certi versi intermedio di approdare alla funzione integrativa nel rispetto del dato normativo, ma tale soluzione costrinse ad affidare all'equità — una categoria meno consona alle connotazioni assiologiche — il compito di operare il raccordo con il principio di solidarietà politica, economica e sociale ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁶⁾ *Relazione ministeriale* n. 558.

⁽⁷⁷⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 34.

⁽⁷⁸⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., p. 683.

⁽⁷⁹⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 36.

⁽⁸⁰⁾ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 126.

⁽⁸¹⁾ Sempre NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 33 e ss. nonché BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.)*, Pisa, 1970, spec., p. 47 e ss.

⁽⁸²⁾ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 178.

⁽⁸³⁾ GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 391 e ss.

3.1.2. *La Costituzione e le clausole dell'ordine pubblico e del buon costume.*

L'influenza dei valori costituzionali sulle clausole generali non coinvolse unicamente le norme in funzione interpretativa e integrativa, ma anche le disposizioni, quali l'ordine pubblico e il buon costume, che il legislatore aveva posto esplicitamente in funzione di limite al potere dell'autonomia contrattuale.

Finalmente i principi costituzionali consentirono di sottrarre l'ordine pubblico ⁽⁸⁴⁾ e — secondo alcuni — anche il buon costume ⁽⁸⁵⁾ tanto ai principi etici del giusnaturalismo, quanto a quella « maschera di una soluzione di tipo positivistico » — i principi politici — che in realtà mistificava un « giusnaturalismo [assai] più pericoloso » ⁽⁸⁶⁾, quanto infine all'agnosticismo ipocrita ⁽⁸⁷⁾ del formalismo legalista ⁽⁸⁸⁾, che giudicava l'ordine pubblico al di fuori della legge un « pelago sconosciuto e senza confini » ⁽⁸⁹⁾ e dunque lo sovrapponeva alle norme imperative.

⁽⁸⁴⁾ P. BARCELLONA, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in « Riv. dir. civ. », 1965, II, p. 584; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 191 e ss.; MENGONI, *Programmazione e diritto*, cit., p. 5 e ss.; ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in « Banca, borsa, tit. cred. », 1997, p. 7; P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in « Riv. dir. civ. », 1966, p. 1 e ss. ora in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 194 e ss.; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in « Iustitia », 1967 nonché in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Milano, 1970, p. 541; RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in « Giur. Merito », 1970, p. I, 105 ss.

⁽⁸⁵⁾ RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, cit., p. 197 e ss. distingue l'ordine pubblico dal buon costume, riferendo il primo al mero ordine pubblico economico; evocano i principi costituzionali anche con riguardo al buon costume P. BARCELLONA, *Sui controlli della libertà contrattuale*, cit., p. 584; MENGONI, *Programmazione e diritto*, cit., p. 5 e ss.; ID., *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 7.

⁽⁸⁶⁾ FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 181.

⁽⁸⁷⁾ Era stato disvelato il gioco del concettualismo legalista che in realtà nascondeva « operazioni criptosociologiche o criptopolitiche », così GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto*, Padova, 1974, p. 120. Cfr. sul punto anche LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 327 e s.

⁽⁸⁸⁾ Al superamento del formalismo legalista contribuì — a partire dagli anni '50 — anche l'innovativa indagine comparatistica dedicata al contratto da GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I e II, Milano, 1954.

⁽⁸⁹⁾ FERRARA sen., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 54.

La valorizzazione dell'ordine pubblico e del buon costume in raccordo con i valori costituzionali accomunò — in tale fase — studiosi di diversa ispirazione ideologica, a significare la persistente coesione dell'anima di impronta liberale con quella di matrice cattolica e con quella di estrazione socialista, rese solidali in quel momento dall'intento di superare il passato e di accreditare una maggiore fiducia al ruolo della giurisprudenza.

Ma la tendenziale sintonia e il comune linguaggio costituzionale non devono ingannare circa un'effettiva unitarietà di ispirazioni. Dietro il costante richiamo ai principi fondamentali e allo « statuto della personalità »⁽⁹⁰⁾ si intravedono, talora con maggiore nettezza, talora più velatamente, diverse linee di pensiero. Come aveva presagito Calamandrei, il compromesso dell'art. 41 C. indusse alcune volte ad enfatizzare i principi ispirati alla solidarietà — finanche espressamente legata alla morale cattolica⁽⁹¹⁾ —, altre volte a sostenere che « l'ordinamento giuridico prende in considerazione la libertà considerandola come principio essenziale intorno al quale ruotano tutti gli altri principi: quello della dignità sociale, come quello dell'uguaglianza o della solidarietà »⁽⁹²⁾.

3.2. *Le riflessioni dottrinali sulla proiezione orizzontale del principio di uguaglianza.*

Il forte impatto che fra gli anni '50 e '60 ebbero i principi costituzionali sull'autonomia contrattuale, nonostante prevalesse la tesi negatrice della *unmittelbare Drittwirkung*⁽⁹³⁾, non si fermò a collocare nel quadro dei valori essenziali dell'ordinamento il fonda-

(90) FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 191 e ss.

(91) La ricostruzione del buon costume da parte di TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, vol. V. Milano, 1959, p. 703 è apertamente ispirata alla visione e alla morale cattolica.

(92) FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 191.

(93) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 173, nota 143 secondo cui: « Altro discorso, evidentemente, sarebbe quello relativo alla esistenza nella *Grundgesetz* di una norma in base alla quale i diritti fondamentali vincolano la legislazione, l'amministrazione e la giurisdizione come norme giuridiche immediate; sì che sembrerebbe corretta l'obiezione di chi osservasse che un simile vincolo non può essere ritrovato nella Costituzione italiana ».

mento dell'autonomia privata e il tema dei suoi limiti, ma si spinse a riflettere sulle possibili ricadute del principio di uguaglianza rispetto all'esercizio del potere dei privati.

Ancora una volta la fonte di ispirazione si rinviene nelle riflessioni dei giuristi dell'ordinamento tedesco, il più ferito dall'oltraggio degli anni della dittatura e della guerra, tanto da aver suscitato nostalgie per i valori del diritto naturale e dell'etica. Al cuore di un sistema mortificato dal delirio delle discriminazioni e delle persecuzioni razziali viene collocato il principio di uguaglianza con il quale si tenta di illuminare finanche il concetto maggiormente alterato dal diritto — la capacità giuridica — il cui rinnovamento viene affidato al « riconoscimento della uguaglianza di tutto ciò che ha immagine umana, come innanzi a Dio così davanti al diritto »⁽⁹⁴⁾.

Da tale anelito proiettato verso l'alto discendono raffinate pagine di puro tecnicismo privatistico, cui nel volgere del decennio successivo si ispireranno dapprima una monografia, sempre tedesca, incentrata sul principio di uguaglianza nel diritto privato⁽⁹⁵⁾ e, di seguito, una recensione a quest'ultima per mano di una dottrina italiana, che importerà la riflessione nel sistema nazionale⁽⁹⁶⁾.

L'ipotesi è quella di una possibile rilevanza orizzontale del principio di uguaglianza, che si focalizza in chiave problematica specie sulla libertà contrattuale in quanto concettualmente posta quasi agli antipodi della « parità di trattamento »⁽⁹⁷⁾. Il campo elettivo viene ravvisato nei rapporti comunitari, che tuttavia non facilmente abbracciavano fenomeni — già in quel momento emergenti — come il divieto di discriminazione economica nell'ambito delle limitazioni della concorrenza o del rapporto di lavoro, se non a costo di dilatare oltremodo la nozione di comunità o di attribuire

⁽⁹⁴⁾ RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, in « Zeitschrift für das ges. Handelsrecht », 1947, p. 79.

⁽⁹⁵⁾ HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1959, *passim*.

⁽⁹⁶⁾ P. RESCIGNO, *Principio di eguaglianza nel diritto privato* (1959), ora in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, p. 335 e ss. Al tema l'Autore dedica anche successive analisi: ID., *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato* (1960), *ivi*, p. 362 e ss.

⁽⁹⁷⁾ P. RESCIGNO, *Principio di eguaglianza nel diritto privato*, *cit.*, p. 339.

rilevanza a dimensioni comunitarie, come il sindacato, che in realtà influiscono solo dall'esterno sul singolo contratto di lavoro.

Il tema, la cui stessa individuazione negli anni '50 è da ritenersi rivoluzionaria, conoscerà una spiccata rilevanza operativa solo nel nuovo millennio grazie alla normativa europea ⁽⁹⁸⁾ e susciterà un vivace dibattito che lo collocherà prevalentemente nella prospettiva del superamento dell'astratta uguaglianza formale, a favore di una pari opportunità di accesso in concreto al contratto. Dove, infatti, l'assetto del mercato o altre ragioni impediscono a taluni soggetti l'esercizio effettivo dell'autonomia, il legislatore deve intervenire e può farlo imponendo, in taluni contesti, la parità di trattamento o il divieto di discriminazione. La proiezione verticale dell'uguaglianza in concreto nell'esercizio dell'autonomia dei privati può in sostanza legittimare — come si dirà — ambiti in cui rileva l'uguaglianza anche in proiezione orizzontale.

4. *Principi costituzionali e autonomia privata negli anni '70.*

4.1. *Proiezione verticale del principio di uguaglianza sostanziale e fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale nel pensiero della dottrina.*

Se a cavallo fra gli anni '50 e '60 venivano poste le basi del raccordo fra autonomia contrattuale e principio di uguaglianza, è negli anni '70 ⁽⁹⁹⁾ che si inizia a diffondere il dibattito sul necessario superamento dei dogmi della libertà contrattuale e dell'astratta uguaglianza formale tra i contraenti, che davano « forma giuridicamente perfetta [...] al *laissez faire, laissez passer* » ⁽¹⁰⁰⁾.

Intorno alle condizioni generali di contratto ⁽¹⁰¹⁾ e alle prime

⁽⁹⁸⁾ V. *infra* par. 7.1.1.

⁽⁹⁹⁾ Un'interessante e raffinata ricostruzione di quel decennio si deve al volume *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di Nivarra, Milano, 2008.

⁽¹⁰⁰⁾ BESSONE, *Contratti di adesione e natura « ideologica » del principio di libertà contrattuale*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1974, p. 945.

⁽¹⁰¹⁾ Nel 1970 vengono pubblicati gli atti del convegno su *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, mentre del 1974 è il volume *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, a cura di Lipari relativo agli atti della Tavola rotonda del 18-19 maggio 1974.

riflessioni sul *consumerism* ⁽¹⁰²⁾ prende forma il tema dell'asimmetria di potere contrattuale, ossia dell'uguaglianza sostanziale fra le parti, che si dirama fra chi — preoccupato dei possibili controlli sull'esercizio dell'autonomia — considera « positivamente risolto negli artt. 1341 c.c., 1342 c.c. e il 1370 c.c. » ⁽¹⁰³⁾ il problema della tutela del contraente debole; chi invece valorizza tali norme considerandole una prima risposta, anche se non sufficiente, a difesa del soggetto debole ⁽¹⁰⁴⁾ e, infine, chi stigmatizza le suddette previsioni quali strumenti volti più a legittimare il potere dell'impresa ⁽¹⁰⁵⁾ o ad assicurare la contrattualità delle clausole ⁽¹⁰⁶⁾, che non a fornire una tutela effettiva all'aderente.

Il tentativo di distaccarsi dall'atteggiamento solo ricognitivo del problema, indotto dalla limitatezza del dato normativo ⁽¹⁰⁷⁾, spinse alcuni Autori a focalizzare l'attenzione proprio sulle norme costituzionali e precisamente sul secondo comma dell'art. 41 C. con il duplice fine: di eludere la morsa della riserva di legge, di cui al terzo comma ⁽¹⁰⁸⁾, e di legittimare l'intervento giudiziale in nome di un'utilità sociale declinata in termini di uguaglianza effettiva e sostanziale ⁽¹⁰⁹⁾. Il bisogno di modificare il paradigma dell'uguaglianza rispetto all'autonomia privata e di accreditare quell'immagi-

⁽¹⁰²⁾ Cfr. ALPA, *Strategia di impresa e tutela del consumatore. Per una critica al fenomeno « consumerism »*, in « Pol. dir. », 1974, p. 484 e ss.; FERRI, *In tema di tutela del consumatore*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, cit., p. 107 e ss.; ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in « Pol. dir. », 1975, p. 701 e ss.

⁽¹⁰³⁾ FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 307.

⁽¹⁰⁴⁾ DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in « Riv. dir. comm. », 1970, I, pp. 202-203.

⁽¹⁰⁵⁾ ALPA, *Strategia di impresa e tutela del consumatore. Per una critica al fenomeno « consumerism »*, cit., p. 487; BESSONE, *Contratti di adesione e natura « ideologica » del principio di libertà contrattuale*, cit., p. 948.

⁽¹⁰⁶⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti per adesione e l'art. 1341 del codice civile*, in « Banca, borsa e tit. cred. », 1954, I, p. 789.

⁽¹⁰⁷⁾ La considerazione è di ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, cit., p. 485.

⁽¹⁰⁸⁾ Così DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 202; LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, p. 109 e ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pp. 43 e 78.

⁽¹⁰⁹⁾ NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 42.

ne dell'abuso della libertà contrattuale ⁽¹¹⁰⁾, che nei successivi decenni avrebbe dominato il tema dell'autonomia ⁽¹¹¹⁾, generò dunque una nuova spinta verso l'alto, verso il riconoscimento costituzionale questa volta diretto dell'autonomia contrattuale (*ex art. 41 C.*) ⁽¹¹²⁾, che segnò una prima cesura rispetto alla dottrina degli anni '60, prevalentemente scettica nel ravvisare tale fondamento diretto ⁽¹¹³⁾.

Il raccordo con i parametri costituzionali si tradusse poi concretamente in diversi itinerari ermeneutici. Non mancò un tentativo di applicazione immediata dell'art. 41, comma 2, C. diretta a riconoscere al giudice ordinario il potere di ottenere, tramite la nullità della contrattazione vessatoria, lo stesso risultato che avrebbe potuto conseguire il legislatore ordinario, impedendo il ricorso a detta contrattazione in quanto costituzionalmente illegittima ⁽¹¹⁴⁾. Più frequente fu comunque il ricorso alla Costituzione mediato da categorie civilistiche. Si tornò a valorizzare il principio di meritevo-

⁽¹¹⁰⁾ DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 199; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 103.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. D'AMICO, *L'abuso di libertà negoziale nei contratti dei consumatori*, in « Riv. dir. civ. », 2005, p. 625 e ss.; ID., *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 3 e ss.

⁽¹¹²⁾ Cfr. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., pp. 202-203; LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., pp. 14-15; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 31. In particolare Di Majo, per un verso, giustifica *ex art. 41 2° comma Cost.*, il controllo giudiziale sulle condizioni generali di contratto, ma, per un altro verso, invita alla cautela nell'utilizzo del mero limite dell'utilità sociale.

⁽¹¹³⁾ Questo accadde o perché era una dottrina sostanzialmente attenta solo al problema dei limiti, così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 49; P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Milano, 1979, p. 243, o perché era convinta dell'inutilità di radicare un istituto così essenziale per l'ordinamento giuridico nella fonte primaria: così MENGONI, *Programmazione e diritto*, cit., p. 11 dell'estratto per il quale il riconoscimento dell'autonomia contrattuale nella Costituzione può tutt'al più reputarsi un riflesso indiretto della libertà di iniziativa economica privata e del diritto di proprietà. Tale posizione verrà ripresa dall'Autore a distanza di anni nel saggio *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 2. V. *supra* note nn. 46-47.

⁽¹¹⁴⁾ Così LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., p. 141 e s.

lezza ⁽¹¹⁵⁾ o il riferimento all'ordine pubblico ⁽¹¹⁶⁾ e, specificamente, ad un'illiceità funzionale volta a consentire un controllo sostanziale e non meramente formale delle clausole in quanto « incompatibili con [...l']utilità sociale » ⁽¹¹⁷⁾, reinterpretata in base al principio di uguaglianza sostanziale ⁽¹¹⁸⁾.

Infine, in un'ulteriore direzione, una dottrina particolarmente attenta agli sviluppi del sistema tedesco ricollegò il problema della debolezza contrattuale alle *drei Funktionen* della buona fede oggettiva, elaborate nel contempo da Wieacker ⁽¹¹⁹⁾, ed immaginò quello che sarebbe divenuto in futuro lo sviluppo normativo del tema, grazie alle fonti europee. L'ipotesi era quella di far svolgere alla buona fede oggettiva una funzione antagonista — sia pure dall'interno — rispetto al principio di autonomia, ponendo l'accento sul fatto « che qui il giudice non farebbe che appellarsi alle parti per ottenere da esse un comportamento che sia conforme » alla correttezza ⁽¹²⁰⁾. Si iniziò in tal modo ad affacciare la buona fede in funzione *destruens*, cui si immaginò di poter affiancare anche la medesima clausola in funzione integrativo-correctiva, tema di cui

⁽¹¹⁵⁾ P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 22. Pare invero un po' ingenerosa l'accusa rivolta nei confronti di tale impostazione da LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., p. 92 nel senso di una scarsa sensibilità nei confronti dei principi costituzionali ove si consideri che l'Autore concepiva il controllo di meritevolezza come misurato proprio su tali principi, cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p. 135.

⁽¹¹⁶⁾ Delinea i tratti di tale possibile itinerario DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 219, ma esso poi viene sviluppato compiutamente da NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 106 e ss.

⁽¹¹⁷⁾ NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., pp. 106-107.

⁽¹¹⁸⁾ Di conseguenza, poiché « nei contratti a prestazioni corrispettive, l'apposizione di clausole unilateralmente predisposte condiziona tutto l'assetto di interessi » (ivi, p. 112 e s.), se ne inferì sul piano rimediabile che, « salvo casi particolari in cui si dimostri che la clausola non era essenziale all'assetto di interessi, [l'esito fosse quello dell'estensione della nullità all'intero contratto » (ivi, p. 113).

⁽¹¹⁹⁾ WIEACKER, *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956, p. 21.

⁽¹²⁰⁾ DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 221 e ss.

tutt'oggi si discute intensamente, alla luce dell'orientamento della Corte di Giustizia che ha negato un simile intervento ⁽¹²¹⁾.

4.2. *I limiti all'autonomia contrattuale e la legislazione interventista degli anni '70. L'ingerenza dello Stato nell'economia, i principi costituzionali e il contratto a servizio delle politiche sociali.*

Il problema della disparità di potere contrattuale che, nelle ricostruzioni appena esaminate, si traduceva in proposte di controllo giudiziale sul contratto, prelude, in ulteriori indagini, alla legittimazione di una legislazione interventista a favore di classi di soggetti deboli e nell'attuazione di politiche sociali ⁽¹²²⁾, sul presupposto di una presa di coscienza degli « effettivi nessi tra strutture istituzionali e realtà socio-economica » ⁽¹²³⁾.

L'attenzione si sposta dal principio personalistico in senso generale ⁽¹²⁴⁾ ai diritti sociali ⁽¹²⁵⁾ e dal secondo al terzo comma dell'art. 41 C. « Lo Stato di diritto diventa [...] stato sociale e « programmatore »: uno Stato, cioè, [...] che tende ad attuare una diversa distribuzione delle risorse e della ricchezza » ⁽¹²⁶⁾ e che

⁽¹²¹⁾ Il riferimento è al recentissimo caso *Asbeek Brusse v. Jahani BV*, Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C488/11. Sul tema cfr. D'AMICO-PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*. Saggi, Torino, 2013, p. 110 e ss.

⁽¹²²⁾ Cfr. P. BARCELLONA, voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 490; Id., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 1 che si apre con la citazione di KOLLMAR, *Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs*, Tübingen, 1961, p. 19 e ss.

⁽¹²³⁾ RODOTÀ, *Aspetti privatistici della programmazione economica, Aspetti privatistici della programmazione economica*, Macerata 22-24 maggio 1970, voll. I e II, Milano, 1971, p. 59.

⁽¹²⁴⁾ PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 150 e ss., cui si deve una sensibilità fortemente spiccata al tema dell'incidenza dei principi costituzionali sul diritto privato, collega il secondo comma di cui all'art. 41 C. ai valori di cui all'art. 2 C. e il terzo comma della medesima norma all'art. 3 C.

⁽¹²⁵⁾ Tali diritti vengono intesi quali « situazioni soggettive attribuite a determinate categorie di soggetti e quindi azionabili sia nei rapporti interprivati sia nei confronti dello Stato », così BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, 2^a ed., Napoli, 1977, p. 97.

⁽¹²⁶⁾ Ivi, p. 98.

diviene esso stesso « operatore economico e protagonista del mercato » (127).

Il nuovo decennio, sul quale gravava la pesante eredità delle contestazioni della fine degli anni '60, si apriva con un importante Convegno maceratese dedicato proprio agli « Aspetti privatistici della programmazione economica » (22-24 maggio 1970) (128).

Programmazione e interventismo divennero le parole chiave.

Il piano si impose quale emblema dell'attribuzione ai pubblici poteri delle scelte fondamentali in campo economico.

L'interventismo si fece promotore di una disciplina legale che si sostituiva « alla regolamentazione riconducibile ai poteri di autonomia » (129), stravolgendo il « modo abituale di ricostruzione » del negozio giuridico (130), che passava dall'essere mero strumento « di composizione degli interessi dei due contraenti, [alla] realizzazione [anche] di interessi ulteriori » (131).

Rimedi tipici dell'interventismo si dimostrarono l'obbligo a contrarre, la sostituzione automatica di clausole e la correzione giudiziale, che inducevano ad escludere « una volontà normativa in atto », ma rendevano comunque necessaria una regolamentazione alla stregua della disciplina negoziale, generando l'immagine del contratto dettato o del contratto imposto (132). In particolare, nell'art. 1339 c.c. si ravvisò una « *delle prime manifestazioni del dirigismo in economia* » (133) e una chiara presa di distanze da quel diritto ottocentesco che proclamava la sua estraneità ad « ogni considera-

(127) P. BARCELLONA, *Programmazione e soggetto privato*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., p. 96 e s.

(128) AA. VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Macerata 22-24 maggio 1970, voll. I e II, cit., *passim*.

(129) P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 35.

(130) PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, p. 300 e ss.

(131) P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 217.

(132) Ivi, p. 295. « È convinzione diffusa — scrive RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., p. 544 — che ci si muova ancora sul terreno dell'autonomia privata ».

(133) BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 216.

zione attinente alla politica legislativa »⁽¹³⁴⁾, mentre in effetti celava una piena adesione all'ideologia borghese⁽¹³⁵⁾.

L'apparente fisionomia monocromatica, che il linguaggio convergente sui temi della programmazione e dell'interventismo sembravano trasmettere, sottendeva in verità, ancora una volta, una pluralità di visioni e un dibattito estremamente vivace.

Il termine stesso "programmazione", pur suscitando un condiviso plauso per la sua capacità di prevenire un interventismo rapsodico e confuso⁽¹³⁶⁾, disvelava la sua potenziale connotazione anodina, capace di legittimare una varietà di scelte di politica economica, di cui talune potenzialmente finanche contrastanti con le norme costituzionali⁽¹³⁷⁾.

E così, dietro il velo della programmazione, riemersero le consuete contrapposizioni ideologiche e si affacciarono finanche tentativi di rendere tale metodologia compatibile con un approccio neoliberista: o ipotizzando piani di orientamento economico per gli imprenditori affidati a previsioni molto generali ed elastiche, sul presupposto della non conformità alla Costituzione di pesi o limitazioni troppo gravosi⁽¹³⁸⁾, o riscrivendo la programmazione in chiave di attuazione della « libera concorrenza »⁽¹³⁹⁾.

Simili letture, tuttavia, non trovarono conforto nel dato reale e normativo, che non solo era dominato a quel tempo dall'intervento del soggetto pubblico nell'economia, con relativo controllo di prezzi e di tariffe « dell'energia elettrica, degli idrocarburi, degli oli minerali, del carbone, delle barbabietole da zucchero, dei fertilizzanti, dei

⁽¹³⁴⁾ RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in « Riv. Dir. Comm. », 1967, I, p. 85. Cfr. in senso analogo RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., p. 535.

⁽¹³⁵⁾ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 29.

⁽¹³⁶⁾ Così P. PERLINGIERI, *Incidenza della programmazione sulle situazioni soggettive « del privato »*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., vol. I, p. 130.

⁽¹³⁷⁾ Sul punto cfr. NICOLÒ, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., vol. II, p. 9.

⁽¹³⁸⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., vol. II, p. 212.

⁽¹³⁹⁾ G.B. FERRI, *L'idea di programmazione e il sistema attuale*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., p. 27.

servizi telefonici, del cemento, dei farinacei » ⁽¹⁴⁰⁾, ma era altresì caratterizzato da tecniche di rilevante compressione della libertà contrattuale in materia di locazione, di rapporti agrari, di rapporti di lavoro.

Più fedeli alla realtà del momento apparvero dunque le riflessioni dei giuristi che, viceversa, legavano la programmazione ad un interventismo effettivo e il cui dibattito si andò, dunque, ad appuntare sulle spinte economico-politiche che avrebbero potuto condizionare le scelte della programmazione. Si diffuse, in particolare, il timore che le grandi imprese influenzassero le stesse scelte dello Stato ⁽¹⁴¹⁾ o che potesse determinarsi una connivenza fra grandi gruppi di potere pubblici e privati, rischio cui si oppose l'auspicio di una programmazione che fosse il precipitato di una partecipazione effettiva alle scelte generali da parte dei cittadini e dei lavoratori ⁽¹⁴²⁾.

4.3. *L'« uso alternativo del diritto » e i principi costituzionali. Le clausole generali e le contrapposizioni ideologiche.*

Le divergenze ideologiche, già trapelate nei due decenni precedenti, si tradussero, nel corso degli anni '70, in scoperte posizioni politiche, determinando, in un clima di lotta di classe, l'opposizione fra le tante anime che avevano contribuito a formulare il testo costituzionale e decretando, in quel preciso momento, il successo della corrente marxista.

La consapevolezza della falsa neutralità del sistema privatistico suggerì un « uso alternativo del diritto » ⁽¹⁴³⁾: ossia la reintegrazione delle « istituzioni giuridiche all'interno delle contraddizioni sociali e

⁽¹⁴⁰⁾ BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 222.

⁽¹⁴¹⁾ AMATO, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., vol. II, p. 16, pur accogliendo un'impostazione ben diversa da quella di Rodotà, sul punto « si muove — come egli stesso riconosce — un pochino nella stessa orbita ».

⁽¹⁴²⁾ Cfr. sul punto RODOTÀ, *Tipologia della programmazione*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., vol. I, p. 64 e ss.

⁽¹⁴³⁾ *L'uso alternativo del diritto: I. Scienza giuridica e analisi marxista; II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973, a cura di P. Barcellona.

dei rapporti storico-materiali », onde restituire « alla classe operaia la 'capacità' di storia » (144).

La Costituzione, non più intesa come insieme di valori condivisi ma come fonte positiva di « valori che un giurista tradizionale definirebbe eversivi » (145), assecondò letture estremiste — di seguito quanto mai criticate (146) — che virarono in una direzione nettamente marxista (147).

L'impronta ideologica, palesemente esplicitata nel convegno del 1972 dedicato, per l'appunto, all'uso alternativo del diritto, si delineò ancor prima nel Convegno del 1971 su *Giustizia e potere* (148), dove già si era auspicato che il diritto esprimesse « il punto di vista della classe operaia come classe contrapposta a quella borghese » (149).

Il compromesso costituzionale era definitivamente spezzato, mentre il diritto privato non soltanto rigettava l'astrattezza del negozio giuridico (150), ma piegava il contratto all'ideologia attraverso il ricorso alle clausole generali. « Espressioni come 'ordine pubblico', 'pubblica decenza', 'buon costume' [...], 'utilità sociale' o 'dignità umana' [...] che cosa precisamente significano? — scriveva uno dei relatori del convegno su *Giustizia e potere* (151) — Significano quello che di volta in volta l'ambiente culturale gli fa significare [...] Quindi nella misura in cui noi riusciamo, noi del movimento operaio, non solo a conquistare nuove leggi e nuove norme, ma anche ad introdurre nuovi valori culturali nella società, noi modifichiamo l'ordinamento ». « Invalidare un contratto per contrarietà alla Costituzione o al piano attraverso il *medio logico* della violazione dell'ordine pubblico significa — aggiunge un osservatore del tem-

(144) P. BARCELLONA, *Introduzione*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., p. XXIII.

(145) DI MAJO, *Giustizia e potere*, cit., p. 389.

(146) Fra le tante voci critiche cfr. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1984, p. 323.

(147) Sul punto cfr. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni '70 del diritto privato*, cit., p. 147.

(148) Atti del Convegno di Chianciano su *Giustizia e potere*, 1971.

(149) DI MAJO, *Giustizia e potere*, cit., p. 389.

(150) *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di Salvi, 1978.

(151) BASSO, in « Democrazia e diritto », 1971, p. 565 e ss.

po ⁽¹⁵²⁾ — esercitare quelle scelte politiche che il legislatore non ha compiuto ».

Senonché non appena il gioco dell'ideologia ispiratrice dei principi e delle clausole generali divenne ostentato e decisamente smaccato, immediate furono le reazioni: dalla provocazione di un « uso alternativo del diritto » declinato in chiave borghese ⁽¹⁵³⁾ alla proposta di una lettura neolibrista dell'ordine pubblico ispirato ai principi delle libertà ⁽¹⁵⁴⁾.

L'ideologia degli anni '70 cominciava ad aprire le porte all'ideologia degli anni '80 e '90.

5. *La falsa 'deideologizzazione' dell'autonomia contrattuale e il neoliberalismo degli anni '80 e '90. Il passaggio dalla Costituzione ai principi del Trattato di Maastricht.*

Gli anni '70 si chiudono con una riflessione che, traendo spunto dal moltiplicarsi delle leggi speciali, a partire da quelle legate all'interventismo statale in economia, conia l'immagine della « decodificazione » ⁽¹⁵⁵⁾ ⁽¹⁵⁶⁾. I micro-sistemi « aggrediscono », « sgretolano » e « svuotano di contenuto » il codice, mentre il giurista viene spinto verso un metodo neo-esegetico che, a fronte di un sistema oramai vetusto e vuoto, deve ritrovare nel tecnicismo giuridico la sua nuova funzione: quella di garante del rispetto, da parte del potere, delle forme e delle misure stabilite dalla legge ⁽¹⁵⁷⁾, rifuggendo dalla tentazione del dogmatismo e dell'ideologia.

⁽¹⁵²⁾ GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, p. 176.

⁽¹⁵³⁾ CERRONI, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, in *L'uso alternativo*, cit., p. 3 e ss.

⁽¹⁵⁴⁾ GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, cit., p. 141 e ss.

⁽¹⁵⁵⁾ IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999⁴ (1^a ed. 1979), p. 36 e ss. La riflessione sul tema risale, per la precisione, alla relazione svolta il 20 giugno 1978 da Natalino Irti all'Università di Salamanca.

⁽¹⁵⁶⁾ Critica l'idea della crisi del codice ritenendo che viceversa si tratti della crisi di « una certa idea di codice » MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., p. 323.

⁽¹⁵⁷⁾ IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 139 e ID., *Una generazione di giuristi*, in *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, p. 183.

L'approdo al tecnicismo giuridico spazza via l'ondata di strumentalizzazione politica del diritto propria degli anni '70, usando uno degli strumentari propri del bagno ideologico di quegli anni: la legislazione speciale. L'intento, però, non era quello di negare il sostrato politico del diritto, ma di affidarlo alla sua sede ritenuta più consona, il Parlamento, il cui operato è sottoposto ad un controllo tecnico da parte del giurista, oltre che al controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale. La neo-esegesi dunque non sostiene un ritorno all'illusoria neutralità del diritto, ma vuole rimuovere la tentazione di un controllo politico affidato alla magistratura e, al tempo stesso, tende a preparare il rinnovamento dei valori, reso necessario dai profondi mutamenti del contesto economico e politico.

A partire dall'insuccesso proprio della legge sull'equo canone, l'interventismo statale in economia aveva mostrato il proprio fallimento: lo Stato — un tempo azionista e titolare delle imprese pubbliche — iniziava a ritrarsi dall'economia, avviando un processo di *deregulation* ⁽¹⁵⁸⁾, [di] liberalizzazione e [di] privatizzazione ⁽¹⁵⁹⁾. Al contempo, un pesante « *vulnus* » ⁽¹⁶⁰⁾ al ruolo dello Stato veniva inferto dall'Atto unico europeo, mentre il « disfacimento dei sistemi collettivistici » colpiva in pieno il radicamento dell'ideologia marxista.

Il processo di riconversione valoriale, avviato con un meccanismo di depurazione dalle vecchie concezioni, si realizza conferendo al diritto una funzione ordinamentale dell'economia e del mercato ⁽¹⁶¹⁾, sulla scorta del pensiero di von Hayek che riconosceva al mercato una natura artificiale ⁽¹⁶²⁾ e al diritto la funzione di plasmarlo.

⁽¹⁵⁸⁾ GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *I mobili confini dell'autonomia privata, Atti del convegno di studi in onore del Prof. Lazzara*, a cura di Paradiso, Milano, 2005, p. 676 osserva che « negli ultimi decenni del secolo: la presidenza Carter lancia, negli Stati Uniti, la parola d'ordine della *deregulation* dell'economia; ha inizio, in Europa, il progressivo smantellamento dell'economia mista; ovunque prende corpo la politica delle privatizzazioni ».

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. MACARIO, *L'autonomia privata*, cit., p. 185.

⁽¹⁶⁰⁾ IRTI, *Il diritto della transizione*, in « Riv. Dir. Priv. », 1997, p. 15 e ss.

⁽¹⁶¹⁾ Parla di una ricomposizione dei rapporti fra diritto ed economia GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, cit., p. 677.

⁽¹⁶²⁾ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 1998, p. 13 [ult. ed. 2004].

La critica di una neutralità illusoria e la presa di coscienza del condizionamento politico, che in passato si erano incentrati sul diritto, si spostano sull'economia ed è proprio al diritto e specificamente alla Costituzione che viene riconosciuto il compito di trasmettitore dei valori. Con una fedeltà quasi testuale ai proclami della Scuola di Friburgo si affida ai principi costituzionali la funzione di determinare « la scelta globale dell'ordine economico »⁽¹⁶³⁾, quello che il Manifesto Ordoliberalista del 1936 aveva definito: la « decisione politica di carattere generale su come strutturare la vita economica della nazione »⁽¹⁶⁴⁾.

Senonché la norma deputata a simile funzione — l'art. 41 C. — appare immediatamente gravata dal fardello pesante della storia e dall'ipoteca immanente al compromesso⁽¹⁶⁵⁾ che aveva risvegliato di volta in volta differenti impulsi, « indebolendo e vanificando il disegno totalitario dell'economia »⁽¹⁶⁶⁾. Soprattutto preoccupa quel terzo comma intorno al quale si erano coagulate le ideologie degli anni '70 e che, dunque, pareva ammiccare più al passato che al futuro: più alla *Zentralverwaltungswirtschaft* che non alla *Verkehrswirtschaft*.

Dinanzi all'ambiguità e alla presunta vetustà della norma, lo sguardo del giurista si distoglie dalla Costituzione e si rivolge all'Europa, a quel Trattato di Maastricht la cui esaltazione di « un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza » incarnava il *revirement* ideologico dal solidarismo e dal marxismo al neoliberalismo di impronta ordoliberalista.

L'imbarazzante presenza dell'art. 41 C. induce, quindi, ad oscillare fra la proposta di disapplicazione del suo terzo comma⁽¹⁶⁷⁾ e il tentativo di sostanziale sterilizzazione della norma, attuata attraverso una « nuova lettura della Costituzione [ispirata al] prima-

⁽¹⁶³⁾ Ivi, p. 17.

⁽¹⁶⁴⁾ EUCKEN, BOHM, GROSSMAN-DOERTH, *The Ordo Manifesto of 1936*, cit., p. 23 e s.

⁽¹⁶⁵⁾ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 20.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁷⁾ Ivi, p. 29; MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi e Merusi, Milano, 1993, p. 159 e ss.

to del mercato »⁽¹⁶⁸⁾. L'utilità sociale, che era stata veicolo del personalismo e del solidarismo, si traduce — forse anche memore di quella stagione nella quale era stata rapportata al principio di uguaglianza sostanziale⁽¹⁶⁹⁾ — nell'obiettivo di « valorizzare le intrinseche attitudini del mercato a produrre ricchezza e benessere [... correggendo] con misure appropriate le disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche individuali »⁽¹⁷⁰⁾. La « nuova interpretazione dell'art. 41 cost. finisce [così] con l'identificare i fini sociali, oggetto della riserva di legge di cui al terzo comma, con i limiti della libertà di iniziativa economica di cui al comma precedente »⁽¹⁷¹⁾. Contestualmente, la proposta di amalgamare le due norme proietta dal terzo al secondo comma la riserva di legge, rafforzando ulteriormente l'autonomia contrattuale che, « tocca[ndo] una delle libertà del cittadino », non può subire limiti che non siano posti esplicitamente « dalla legge »⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 3.

⁽¹⁶⁹⁾ V. *supra* par. 4.1.

⁽¹⁷⁰⁾ Così MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 3, con un'affermazione che appare più drastica di quella che si legge nello scritto *Persona e iniziativa economica*, pubblicato l'anno precedente sul volume curato da VETTORI, *Persona e mercato*, Milano, 1996, 33 ss. dove l'Autore si limitava a constatare (p. 39) che « l'intervento diretto dello Stato non può essere l'unico meccanismo di realizzazione del *welfare state*, ma ad essa devono concorrere anche i meccanismi del mercato e forme indirette di intervento pubblico ». Va peraltro rilevato che, se è vero che nella conclusione di tale saggio si aggiungeva che nella Costituzione economica « sono analizzabili tre scopi fondamentali: economicità, giustizia sociale, libertà individuale [e che] tra questi valori vi è un rapporto di tensione che, mediante la regola del diritto, deve essere convertito in un rapporto di equilibrata integrazione » (p. 40), tuttavia l'attenzione per la solidarietà veniva comunque collocata in un'ottica non limitativa o quanto meno non conflittuale con l'attività d'impresa « la solidarietà — si legge a p. 41 — deve conciliarsi, come dice l'art. 5 della legge 223 del 1991, con le 'esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale': una solidarietà, dunque, che tende a spostare il baricentro delle relazioni industriali dal conflitto alla partecipazione ».

⁽¹⁷¹⁾ MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 3.

⁽¹⁷²⁾ Così GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. I, IV ed., Padova, 2004, p. 242.

6. *Il contratto e i principi dell'Unione europea.*

6.1. *La libertà di concorrenza, la regolamentazione del mercato e la conformazione del contratto.*

Il ruolo protettivo dell'autonomia contrattuale, che la dottrina degli anni '90 affidava al potenziamento della riserva di legge di cui all'art. 41 C., ben presto si dissolve per effetto della legislazione del nuovo millennio che consente, al di fuori di tale riserva, una penetrante ingerenza sull'autonomia dei privati da parte della regolamentazione delle autorità indipendenti preposte a settori economici ⁽¹⁷³⁾. Sorge, dunque, in pieno neoliberalismo, il legittimo quesito sul « perché con l'intervento pubblico nell'economia si [debba richiedere che sia] la legge a disciplinare la materia [...], mentre per le autorità amministrative indipendenti ci si accontenta di una mera attribuzione di potere normativo alle autorità » ⁽¹⁷⁴⁾.

La risposta risiede nell'avvenuto passaggio da una politica dirigistica ad un neoliberalismo ⁽¹⁷⁵⁾ che — attraverso l'intervento della legislazione di fonte europea — non ha più nulla a che spartire con la *deregulation* del liberismo classico. Il nuovo approccio implica una conformazione del potere dei privati che viene plasmato dall'interno, onde conseguire obiettivi tesi a rendere più forte ed effettiva la medesima libertà contrattuale. Pilastri teleologici della nuova impostazione sono l'obiettivo del mercato concorrenziale ⁽¹⁷⁶⁾ e l'approdo ad un principio di uguaglianza effettiva e sostanziale nell'esercizio dell'autonomia.

⁽¹⁷³⁾ Il riferimento è ai poteri dell'ISVAP sui prodotti assicurativi, della CONSOB sugli strumenti finanziari collegati ai valori mobiliari, della Banca d'Italia sui contratti bancari e finanziari, sino ai poteri conferiti alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, cfr. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 94 e ss.

⁽¹⁷⁴⁾ MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 44 e 47.

⁽¹⁷⁵⁾ SCHLESINGER, *Il « nuovo » diritto dell'economia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 54.

⁽¹⁷⁶⁾ « La disciplina del mercato — scrive VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di Vettori, Padova, 2005, p. 237 — ha conformato l'atto di autonomia sotto ogni profilo ».

Il processo di « funzionalizzazione »⁽¹⁷⁷⁾ prende avvio dalla normativa *antitrust*, apparentemente proiettata solo in via incidentale sulla disciplina del contratto, tramite la nullità delle intese restrittive della concorrenza, ma in effetti capace di incidere in maniera pervasiva sull'esercizio di simile potere. I contratti stipulati a valle delle intese *antitrust* così come i contratti che realizzano un abuso di posizione dominante vengono ben presto indagati nella prospettiva dell'asimmetria di potere contrattuale e della reazione, anche negoziale, all'imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o di altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie. La costruzione del mercato concorrenziale si associa in tal guisa ad un nuovo modo di declinare il principio di uguaglianza.

La medesima connessione si delinea con ulteriore evidenza allorché l'obiettivo teso a realizzare un mercato corretto e concorrenziale sposta l'attenzione del legislatore dal rapporto fra le imprese all'ultimo segmento del mercato. Nell'abuso della condizione di asimmetria informativa propria del consumatore si rinviene, infatti, un possibile e subdolo strumento di distorsione del mercato e della concorrenza.

Con i contratti dei consumatori è, dunque, lo stesso legislatore (e non più solo la dottrina) a decretare finalmente il passaggio dal paradigma dell'uguaglianza formale in astratto a quello dell'uguaglianza sostanziale nell'esercizio dell'autonomia⁽¹⁷⁸⁾, introducendo un complesso apparato di interventi e di rimedi tesi a bilanciare, talora in via preventiva talora in via successiva, l'asimmetria di potere.

Dalla matrice della regolamentazione del mercato avviene così la definitiva gemmazione del problema dell'uguaglianza sostanziale (e — come si dirà — anche dell'uguaglianza formale in concreto) tra i contraenti e, con esso, il grande tema della giustizia contrattuale, che ben presto andrà affrancandosi dalla mera logica mercantile

⁽¹⁷⁷⁾ Si esprime in questi termini ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Oliviero-Zoppini, Roma, 2008, p. 16 che parla di un « vincolo teleologico » posto all'autonomia contrattuale (p. 21).

⁽¹⁷⁸⁾ Ma il tema — come si è già anticipato — non è del tutto nuovo tant'è che P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., p. 545 giustificava varie limitazioni dell'autonomia con l'esigenza di « eliminare o attenuare le disparità del potere contrattuale delle parti ».

per diramarsi dal consumatore all'imprenditore debole, sino all'interrogativo generale in merito alla rilevanza delle asimmetrie macro e microeconomiche.

Contestualmente, l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale tra i contraenti fa risorgere e prospettare in una nuova luce strumenti e rimedi che erano stati tipici dell'interventismo statale: dall'obbligo a contrarre ⁽¹⁷⁹⁾ allo stesso art. 1339 c.c., correlato talora con la fonte di legge, talora con quella regolamentare, talora, secondo una proposta dottrinale ⁽¹⁸⁰⁾, finanche con i valori di mercato applicati dall'autorità giudiziaria.

Da ultimo, è proprio la finalità volta ad assicurare un'uguaglianza effettiva e reale tra le parti che riesce a giustificare il pesante intervento della regolamentazione delle autorità indipendenti sul contratto, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 41 della Costituzione ⁽¹⁸¹⁾.

6.2. *Le libertà fondamentali, il mercato unico e l'impatto sulla legislazione contrattuale e sul contratto.*

Se l'obiettivo del mercato concorrenziale incarna l'immagine, solo apparentemente ossimorica, di un mercato che, per vivere, ha bisogno della libertà contrattuale ma, per svilupparsi coerentemente con l'obiettivo concorrenziale, deve comprimere la stessa autonomia, le quattro libertà fondamentali, che i Trattati dell'Unione collocano alla base del mercato unico ⁽¹⁸²⁾ — la libera circolazione di merci e di capitali; la libera circolazione di persone; la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento —, determinano un effetto tendenzialmente propulsivo ed espansivo del potere dei

⁽¹⁷⁹⁾ C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto della concorrenza tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in *Contratto e antitrust*, cit., p. 26 e ss. e spec. 31 ss.; MELI, *Diritto « antitrust » e libertà contrattuale: l'obbligo a contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, ivi, p. 43 e ss. e spec. 55 ss.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. MAUGERI, *Invaldità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, cit., p. 190.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 81 e ss.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. OLIVER-ROTH, *The internal Market and the Four Freedoms*, in « *Common Market Law Review* », XLI (2004), 2, p. 407 e ss.

privati. L'autonomia contrattuale, infatti, pur non essendo espressamente contemplata nei Trattati né, a partire dal Trattato di Lisbona, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, risulta comunque strumentale all'esercizio delle libertà⁽¹⁸³⁾, sicché leggi limitative dell'autonomia si sono prospettate come potenzialmente contrastanti con le medesime libertà. Da tale relazione non è disceso, tuttavia, un loro potere distruttivo⁽¹⁸⁴⁾ tale da giustificare l'*horror iuris* rispetto ad un sistema normativo su di loro edificato: una sorta di corsa al ribasso, un'attrazione delle libertà fondamentali verso un modello iperliberista dell'autonomia privata⁽¹⁸⁵⁾. Le parole pronunciate dall'Avv. Manduro, nelle conclusioni alle cause riunite C-158/04 e C-159/04⁽¹⁸⁶⁾, hanno chiarito che dalle libertà fondamentali non è dato inferire un « diritto assoluto » dei cittadini comunitari « alla libertà economica o commerciale » e, dunque, « una deregolamentazione generalizzata delle economie nazionali ».

Con specifico riferimento, poi, all'autonomia contrattuale, l'intervento della Corte di Giustizia ha confermato un approccio cauto e strettamente finalizzato all'obiettivo del mercato unico.

Le leggi nazionali in materia contrattuale, o le loro interpretazioni, sono state preservate da un giudizio di contrasto con le libertà fondamentali, allorché è stato addotto semplicemente il loro effetto limitativo dell'autonomia e, di riflesso, dissuasivo rispetto alle libertà fondamentali. Simile conseguenza è apparsa infatti alla Corte di Giustizia un rischio troppo aleatorio e troppo indiretto⁽¹⁸⁷⁾ per

⁽¹⁸³⁾ Cfr. KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, 2004, *passim*; VON WILMOWSKY, *EG-Freiheiten und Vertragsrecht*, in « Juristen-Zeitung », 1996, p. 591.

⁽¹⁸⁴⁾ STEINDORFF, *Zur Frage der Gemeinschaftswidrigkeit von mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften, die Arbeitsverträge von Fremdsprachenlektoren allgemein auf ein Jahr beschränken*, (1994) *Juristen-Zeitung* 95, p. 96.

⁽¹⁸⁵⁾ MÜLBERT, *Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt*, (1995) 159 *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 1, p. 7; LEIBLE, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in *Constitutional Values and European Contract Law*, Grundman (ed.), Kluwer, The Nederland, 2008, p. 66.

⁽¹⁸⁶⁾ Conclusioni dell'Avv. M. Poiares Manduro presentate il 30 marzo 2006, cause riunite C-158/04 e C-159/04, *Alfa Vita Vissilopoulos AE*, già *Trofo Super-Markets AE* contro *Elliniko Dimosio*, *Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon* e *Carrefour Marinopoulos AE* contro *Elliniko Dimosio*, *Nomarchiaki Aftodioikisi Ioannino*.

⁽¹⁸⁷⁾ Corte di Giustizia, 7 marzo 1990, causa C-69/88 - *Krantz c. Ontwanger*, in « Raccolta », 1990, p. I-583; Corte di Giustizia, 13 ottobre 1993, causa C-93/92 -

poterne inferire un contrasto con le libertà. D'altro canto, secondo la dottrina ⁽¹⁸⁸⁾, la compressione dei valori fondamentali dell'Unione non diviene concreta ed effettiva neppure in caso di applicazione della legislazione nazionale restrittiva dell'autonomia privata ad un contratto transfrontaliero, se le parti hanno avuto la facoltà di scegliere una differente legge protettiva delle stesse libertà ⁽¹⁸⁹⁾.

La disapplicazione del diritto nazionale per contrasto con le libertà fondamentali si è prospettata dunque solo in presenza: o di disposizioni del diritto internazionale privato, che si pongono in diretto attrito con una delle libertà ⁽¹⁹⁰⁾, o di norme interne che configurano una disparità di trattamento fra contraenti nazionali e contraenti stranieri ⁽¹⁹¹⁾ o di leggi che assecondano accordi contrattuali discriminatori e limitativi delle libertà ⁽¹⁹²⁾.

Motorradcenter GmbH e Pelin Baskiciogullari, in « Raccolta », 1993, p. I-5009; Corte di Giustizia, 27 gennaio 2000, causa C-190/98 - *Graf c. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, in « Raccolta », p. I-493; Corte di Giustizia, 16 marzo 1999, causa C-222/97 - *Trummer and Meyer*, in « Raccolta », 1999, p. I-1661.

⁽¹⁸⁸⁾ LEIBLE, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, cit., p. 69.

⁽¹⁸⁹⁾ Corte di Giustizia, 9 novembre 2000, causa C-381/98 - *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, secondo cui il patto di scelta della legge applicabile riferito al paese di residenza del proponente, paese non UE, contrasta con gli artt. 17-19 della direttiva del 18 dicembre 1986, 86/653/CEE sugli agenti commerciali indipendenti, finalizzati a tutelare la libertà di stabilimento, una concorrenza non falsata nell'ambito del mercato interno nonché a garantire taluni diritti in caso di estinzione del contratto che si ritengono necessariamente operanti allorquando l'agente commerciale svolga la sua attività sul territorio di uno Stato membro.

⁽¹⁹⁰⁾ Corte di Giustizia, 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c/ Nordic Construction Company NCC*, in *ECR I-9919*, p. 2002, dove si afferma che il diritto dell'Unione si oppone a che, se viene costituita una società in base al diritto di uno degli stati membri e questa poi si trasferisce in un altro stato dell'Unione, in tale paese, applicando le norme di diritto internazionale privato, venga negata la capacità giuridica e processuale.

⁽¹⁹¹⁾ L'argomento della non discriminazione ha spesso preservato leggi o interpretazioni in materia contrattuale: Corte di Giustizia, 24 ottobre 1978, causa C-15/78 *Société Générale Alsacienne c. Koestler*, relativa all'interpretazione offerta dalla Cassazione francese all'art. 1643 c.c.; Corte di Giustizia, 24 gennaio 1991, causa C-339/89 - *Alsthom Atlantique SA e/ Compagnie de Construction Mécanique Sulzer SA e altri*.

⁽¹⁹²⁾ È quanto emerso nella storica sentenza della Corte di Giustizia, 4 ottobre 2011, cause C-403/08 e C-429/08 - *Football Association Premier League Ltd e altri contro QC Leisure e altri* nonché *Karen Murphy contro Media Protection Services Ltd.*, nella quale la Corte di Giustizia ha censurato il diritto contrattuale inglese per aver dato

Quest'ultima fattispecie pone in evidenza come la stessa autonomia contrattuale possa configurare un ostacolo alle libertà fondamentali il che, in virtù della *Drittwirkung* riconosciuta quanto meno alla libera prestazione dei servizi ⁽¹⁹³⁾, comporta il suo possibile riflesso sul medesimo esercizio dell'autonomia. Il contrasto però con la normazione privata non produce necessariamente un risultato limitativo dell'autonomia contrattuale. Quando, infatti, le libertà fondamentali si oppongono all'autonomia collettiva — come si riscontra nei casi *Walrave* ⁽¹⁹⁴⁾, *Bosman* ⁽¹⁹⁵⁾, *Donà* ⁽¹⁹⁶⁾ e nel recente caso *Casteels* ⁽¹⁹⁷⁾ — può derivarne ⁽¹⁹⁸⁾ un rafforzamento dell'autonomia del singolo. Parimenti, quando è un'offerta al pubblico a confliggere con una libertà fondamentale, viene potenziata l'autonomia del contraente discriminato, cui viene consentito di accedere al contratto ⁽¹⁹⁹⁾.

In definitiva, anche se è stata opportunamente evitata un'in-

riconoscimento e tutela — tramite sanzioni civili e pecuniarie che presidiano il rispetto dell'accordo — a prescrizioni contrattuali discriminatorie e limitative della libera circolazione dei servizi. Cfr. altresì Corte di Giustizia, 22 gennaio 1981, causa 58/1980 - *Dansk Supermarked*, in « Riv. dir. industr. », 1981, p. 754.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. a riguardo VERBRUGGEN, *The impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services*, in « European Review of Private Law », 2014, p. 201 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Corte di giustizia, 12 dicembre 1974, causa C-36/72 - *Walrave & Koch*, in « Raccolta », 1974, p. 1405.

⁽¹⁹⁵⁾ Corte di Giustizia, 15 dicembre 1995, causa C-415/93 - *Union royale belge des sociétés de football association ASBL, Royal club liégeois SA e Jean-Marc Bosman, SA d'économie mixte sportive de l'union sportive du littoral de Dunkerque, Union royal belge des sociétés de football association ASBL, Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, in « Raccolta », 1995, p. I-4921.

⁽¹⁹⁶⁾ Corte di giustizia, 14 luglio 1976, causa C-13/76 - *Donà c. Mantero*, in « Raccolta », 1976, p. 1333.

⁽¹⁹⁷⁾ Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, causa C-379/09, in « Legisl. U.E., Giur. comunit. e intern. », 2011, p. 8.

⁽¹⁹⁸⁾ V. il caso *Bosman supra* nota n. 194.

⁽¹⁹⁹⁾ È quanto è emerso nel noto caso Corte di Giustizia, 6 giugno 2000, causa C 281/98 - *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano*, nel quale la Cassa di Risparmio di Bolzano aveva pubblicato sul quotidiano *Dolomiten* un bando di assunzione che conteneva il presupposto di un attestato di bilinguismo fornito da una particolare amministrazione pubblica di Bolzano, presupposto che viene considerato una misura discriminatoria nei riguardi del Sig. Angonese il quale, pur avendo ampie attestazioni della sua conoscenza del tedesco, non aveva potuto recarsi presso la detta amministra-

gerenza iperliberista ed eversiva dei principi dell'Unione sulle legislazioni nazionali, l'incidenza delle libertà fondamentali ha complessivamente operato in una direzione direttamente o indirettamente sempre rafforzativa dell'autonomia contrattuale.

7. *Dalle libertà fondamentali ai valori del personalismo. L'influenza del Trattato di Lisbona.*

Se si fermasse l'indagine alle libertà fondamentali ⁽²⁰⁰⁾, l'impronta dei principi europei sull'autonomia contrattuale risulterebbe non soltanto neoliberalista e rafforzativa di tale potere, ma rischierebbe finanche di tradire quel filone personalistico che viceversa domina le Costituzioni europee e che ha pervaso lo strumento contrattuale sin dagli anni '60.

Né può ritenersi che il personalismo sia un tratto tipico solo del diritto contrattuale italiano o un approccio da ritenersi superato. Al contrario, il riflettersi di tali principi, a partire dal valore della dignità, sul contratto risulta di recente sempre più evidente nei singoli paesi europei in funzione sia *construens*, ossia di orientamento ermeneutico-ricostruttivo dell'autonomia privata, specie tramite la buona fede oggettiva, sia *destruens*, soprattutto attraverso l'ordine pubblico e il buon costume e talora attraverso un'immediata *Drittwirkung*. Non appare, viceversa, ancora del tutto matura la consapevolezza della necessità di attuare anche nella prospettiva civilistica un bilanciamento di interessi. Risulta in particolare insufficiente l'attenzione dedicata a tale aspetto nei noti casi del c.d. lancio del nano ⁽²⁰¹⁾ esaminati da varie corti europee, fra cui il *Conseil d'État* ⁽²⁰²⁾, nel caso *Peep Show*, deciso dal *Bundesverfassungsge-*

zione per avere lo specifico attestato e, dunque, si vedeva negata *a priori* la possibilità di concludere il contratto di lavoro.

⁽²⁰⁰⁾ È lecito parlare, con riguardo alle libertà fondamentali, di costituzionalizzazione del diritto contrattuale, poiché si è nel contempo verificata la 'costituzionalizzazione' dei trattati. Cfr. in tal senso JOERGES-GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, in « Riv. crit. dir. priv. », 2014, p. 346.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. CRICENTI, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in « Riv. Crit. Dir. Priv. », 2008, p. 21.

⁽²⁰²⁾ *Cons. État*, 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, in « Dalloz », 1995, p. 257.

richt (203), nel caso *SIDA-Benetton*, giudicato dalla Corte d'Appello di Parigi (204), e nei vari casi analizzati dalla Cassazione italiana (205) e dal *Bundesverfassungsgericht* (206) in merito ai rapporti fra diritti della persona e contratti di locazione.

Per converso, proprio il bilanciamento di interessi costituisce invece il cuore del problema quando si passa a considerare che l'Unione europea non ha potuto ignorare, ed anzi ha fatto gradualmente propri, i valori del personalismo, sicché il processo di « costituzionalizzazione » (207) del diritto contrattuale nella prospettiva europea deve misurarsi con l'impatto di tale principio rispetto alle libertà fondamentali (208).

Il riconoscimento tributato ai diritti fondamentali della perso-

(203) *BVerfG* 15 dicembre 1981, in « *NJW* », 1982, p. 664; *BVerfG*, 9 luglio 1986, in « *NJW* », 1987, p. 3246.

(204) *Cour d'Appel de Paris*, 1^a C., 28 maggio 1996, in « *Dalloz* », 1996, p. 617.

(205) Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in « *Vita notar.* », 2009, p. 2040 e ss.

(206) Cfr. CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights*, in *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., 37 ss.

(207) CHEREDNYCHENKO, *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*, in « *Electronic Journal of Comparative Law* », 2004, p. 1 e ss.; GRUNDMANN, *Constitutional Values and European Contract Law: An Overview*, in *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., p. 3 e ss.; KOSTA, *Internal Market Legislation and the Private Law of the Member States - The Impact of Fundamental Rights*, in « *ERCL* », 2010, p. 409 e ss.; MAK, *The Constitutional Momentum of European Contract Law. On the Interpretation of the DCFR in the Light of Fundamental Rights*, in « *European Review of Private Law* », 2009, p. 513 e ss.; EAD., *Fundamental Rights in European Contract Law*, Kluwer, The Netherlands, 2008. L'espressione campeggia anche nel *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, v. *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in « *Riv. Crit. Dir. Priv.* », 2005, p. 99 e ss. nonché in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, a cura di A. Somma, Torino, 2007, p. 21 e ss.

(208) Tali libertà non hanno in effetti una valenza assoluta già nel testo dei Trattati. Le disposizioni del TFUE esplicitamente autorizzano trattamenti che differenzino tra cittadini e stranieri se motivati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (art. 52, con riguardo al diritto di stabilimento). Inoltre, la libera circolazione di capitali non impedisce disposizioni tributarie legate al luogo di residenza o al luogo di collocamento dei capitali nonché disposizioni discriminatorie volte ad impedire violazioni fiscali o misure dettate dall'ordine pubblico e dalla pubblica sicurezza (art. 65), così come la libera circolazione dei lavoratori deve fare i conti con le disposizioni che regolano la pubblica sanità, la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico (art. 202).

na non solo da parte della Corte di Giustizia — che li aveva già accolti sin dal 1969 in quanto « principi generali di diritto del sistema europeo »⁽²⁰⁹⁾ e nel 1970 in quanto « tradizioni costituzionali comuni »⁽²¹⁰⁾ — ma anche ad opera della stessa fonte dei Trattati, pone il dilemma sulla relazione fra valori fondanti la connotazione democratica degli stati membri (i diritti fondamentali della persona) e valori che sono stati considerati fondanti il sistema dell'Unione (le libertà fondamentali).

Il carattere fondamentale delle libertà, ai fini della costruzione del mercato unico, ma non certo fondamentale⁽²¹¹⁾ per connotare in termini democratici l'assetto dell'Europa, avrebbe dovuto condurre ad una relazione gerarchica fra i diritti della persona e le libertà economiche, non diversa da quella che si delinea nei sistemi costituzionali interni fra i diritti protetti dalla garanzia di istituto e i diritti inviolabili. Diverso è stato invece l'orientamento seguito dalla Corte di Giustizia che ha sostanzialmente equiparato il rango dei diritti fondamentali o inviolabili della persona a quello delle libertà economiche fondamentali, affidando la sorte dei primi all'esito di un bilanciamento di interessi. E questo nonostante il limite dell'ordine pubblico che il trattato frequentemente pone all'esercizio delle libertà avrebbe dovuto forse orientare più verso una prospettiva di limite che non di bilanciamento effettivo.

A onor del vero va peraltro rammentato che solo la materia dei diritti sociali ha visto — con le sentenze *Viking*⁽²¹²⁾, *Laval*⁽²¹³⁾,

⁽²⁰⁹⁾ Corte di Giustizia, 12 novembre 1969, causa 29/69 - *Stauder c. città di Ulm-Sozialamt*, in « Raccolta », 1969, p. 419.

⁽²¹⁰⁾ Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, causa 11/70 - *Internationale Handelsgesellschaft*, in « Raccolta », 1970, p. 1125.

⁽²¹¹⁾ Sulle diverse possibili accezioni dell'espressione diritti fondamentali ci sia consentito rinviare a NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in « Riv. dir. civ. », 2012, p. 671 e ss.

⁽²¹²⁾ Corte di Giustizia, 11 dicembre 2007, causa C 438/05 - *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v. Viking*, in « Raccolta », 2007, p. I-10779.

⁽²¹³⁾ Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, causa C 341/05, *Laval un Partneri Ltd. v. Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska elektrikerförbundet*, in « Raccolta », 2007, p. I-11767.

Rüffert ⁽²¹⁴⁾ — soccombere i valori personali rispetto alle libertà economiche fondamentali ⁽²¹⁵⁾, mentre in altri contesti — compresi quelli che coinvolgono la libertà contrattuale — è prevalsa la tutela degli interessi personali.

In particolare, da un lato, sono stati considerati legittimi provvedimenti normativi volti ad inibire un'attività commerciale o contrattuale *tout court* in nome di valori personalistici che prevalgono sulle libertà fondamentali comprese da detti provvedimenti ⁽²¹⁶⁾. Da un altro lato, si è ritenuta prevalente la libertà contrattuale che incarnasse l'esercizio di un diritto sindacale, attraverso la stipulazione di accordi collettivi finalizzati a garantire interessi materiali e morali dei lavoratori, rispetto all'esigenza di tutelare le libertà fondamentali e il mercato concorrenziale, la cui disciplina è stata dunque reputata inapplicabile ai suddetti accordi ⁽²¹⁷⁾.

Orbene, dinanzi a tali non omogenei orientamenti della Corte

⁽²¹⁴⁾ Corte di Giustizia, 3 aprile 2008, causa C-346/06 - *Rüffert v. Land Niedersachsen*, in « Raccolta », 2008, p. I-01989. Sulla pronuncia cfr. BRINO, *Gli equilibri della Corte di Giustizia: il caso Rüffert*, in « Riv. it. dir. lav. », 2008, p. 479 e ss.

⁽²¹⁵⁾ Fra le voci critiche rispetto a tali pronunce cfr. LUCIANI, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione* in « Quest. Giust. », 2008, p. 6 e ss.; BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in « Lav. Dir. », 2008, p. 371 e ss.; CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)* in « Rass. Dir. Pubbl. Eur. », 2008, p. 11 e ss.

⁽²¹⁶⁾ Assai noto il caso Omega, Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, causa C-36/02 - *Omega v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in « Raccolta », 2004, p. I-9609, nel quale si è ritenuto legittimo, in nome del valore della dignità, un provvedimento legislativo nonostante il medesimo vietasse un'attività commerciale e, per il suo tramite, un'attività contrattuale strumentale alle libertà fondamentali. Il divieto di svolgere un'attività commerciale relativa ad un modello di gioco legalmente commercializzato in un altro paese dell'Unione si è ritenuto, infatti, che incidesse sia sulla libera prestazione di servizi garantita ai destinatari di tali servizi, sia sulla libera circolazione delle merci, dissuadendo il *franchisee* dall'acquistare dal *franchisor* l'equipaggiamento. Parimenti noto il caso 14 febbraio 2008, causa C-244/06 - *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides media AG*, in « Raccolta », 2008, p. I-505, nel quale si è reputato legittimo un provvedimento che inibiva la vendita per corrispondenza di supporti video in quanto non sottoposti a controllo e a classificazione a tutela dell'interesse dei minori.

⁽²¹⁷⁾ Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-67/96 - *Albany International BV & Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in « Raccolta », 1999, p. I-5751.

non è agevole pronosticare il futuro. Va tuttavia evidenziato che l'accoglimento nel Trattato di Lisbona ⁽²¹⁸⁾ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'impegno ad aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno impresso all'Europa una svolta personalistica assai più netta rispetto all'itinerario che pure era stato già intrapreso con l'art. F del Trattato di Maastricht e con l'art. 6, comma 2, del Trattato di Amsterdam. Il passaggio dall'« Europa dei mercati all'Europa dei diritti » ⁽²¹⁹⁾, unito all'accoglimento nell'art. 3, comma 3, parte prima, del T.U.E. di quella formula dell'economia sociale di mercato che aveva storicamente segnato il passaggio dall'ordoliberalismo ad una più spiccata sensibilità per la dimensione sociale, rende non del tutto illusorio ritenere che — nonostante le inadeguatezze attuali dell'Europa — la prospettiva possa essere quella di riaffermare la priorità della persona senza rinunciare ad una conciliazione fra interesse individuale e interesse generale, tra efficienza e giustizia.

Certo non si può tacere che, mentre si sta allontanando l'immagine mercantilista dell'Europa che esaltava il rango delle libertà economiche, sta contestualmente emergendo, specie dopo il Trattato MES e il Trattato sul *Fiscal Compact*, il problema della sostenibilità del costo dei diritti. Ma questo non vuol dire accedere per altra via ad un bilanciamento asimmetrico. Avere consapevolezza della scarsità dei mezzi per realizzare il fine della tutela dei diritti non vuol dire negare la priorità della persona e la sua necessaria prevalenza sulle esigenze economiche che guidano la politica dell'Unione europea.

7.1. *Il principio di non discriminazione. Il contratto e la pari dignità di accesso alla negoziazione.*

Il graduale spostamento dei principi ispiratori dell'Europa dalla prospettiva ordoliberalista, dominata dalle libertà fondamentali,

⁽²¹⁸⁾ Il c.d. processo costituente europeo ha in realtà inizio con il Consiglio europeo di Colonia del 1999, cfr. in proposito RODOTÀ, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 193.

⁽²¹⁹⁾ Così sempre RODOTÀ, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, cit., p. 196.

ad una maggiore attenzione ai temi della giustizia sociale e alla tutela della persona si delinea, in maniera nitida, attraverso l'evoluzione del principio di non discriminazione.

Tale principio, che deve il suo originario successo al rapporto con le libertà fondamentali in vista della realizzazione del mercato unico e concorrenziale, si colora gradualmente di una valenza assiologica e in particolare del valore della dignità della persona tramite le direttive che colpiscono, proprio in campo contrattuale, i comportamenti discriminatori per ragioni legate alle qualità personali del contraente ⁽²²⁰⁾.

La novità del divieto di discriminazione non solo rispetto all'Europa, ma anche rispetto ai sistemi nazionali, che pure avevano da tempo prestato la massima attenzione all'interazione fra diritti della persona e contratto, risiede nella circostanza che tale divieto non si riferisce tanto o soltanto al contenuto dell'atto, ma induce a sindacare la stessa scelta che è a monte della stipulazione dell'accordo.

Senonché altra cosa ⁽²²¹⁾ sono i limiti che il legislatore può imporre al contenuto contrattuale, ossia a quella porzione di scelta cui le parti vogliono conferire forza di legge ⁽²²²⁾, altra cosa sono i limiti cui si possono assoggettare le stesse scelte sottese all'atto di

⁽²²⁰⁾ La razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni o le pratiche religiose (art. 43, comma 2, d.lgs., 25 luglio 1998, n. 286); la razza o l'origine razziale (direttiva 2000/43/CE, attuata con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215); il sesso (direttiva 2000/113/CE, attuata con il d. lgs. 6 novembre 2007, n. 196); la disabilità (l. 1° marzo 2006, n. 67); la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (proposta di direttiva 2 luglio 2008 COM (2008) 426).

⁽²²¹⁾ A favore della distinzione fra limiti al contenuto del contratto e limiti alla scelta contrattuale cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 18 e ss. *Contra* cfr. P. BARCELLONA, voce *Libertà contrattuale*, cit., p. 491, secondo cui « la distinzione fra limiti attinenti al potere privato di autodeterminazione e limiti attinenti alla struttura del contratto lascia alquanto perplessi, giacché il contenuto della disciplina sulla struttura non può non riflettersi sul modo di essere del potere privato e viceversa ». L'osservazione, tuttavia, non considera che il modo di essere del potere privato affonda le proprie ragioni in una molteplicità di scelte e in quella sfera variegata dei motivi e degli interessi perseguiti dalle parti che il legislatore di regola non indaga neppure nell'ipotesi dell'illiceità.

⁽²²²⁾ È evidente dunque che si deve sottoporre, sotto il profilo della liceità, qualunque contenuto contrattuale, compreso il contratto individuale, al vaglio del divieto di discriminazione.

autonomia privata che, se generalizzati, rischiano di annientare la medesima autonomia.

Se si affermasse, infatti, che anche nell'ambito di una negoziazione individuale, ogni discriminazione dichiarata va impedita in quanto offende la dignità e al tempo stesso si riconoscesse che il silenzio può celare una discriminazione e che non vi è ragione per privilegiare una simile condotta non trasparente rispetto alla discriminazione dichiarata, si dovrebbe concludere che le parti debbano sempre e *ab initio* motivare le proprie scelte contrattuali. Sennonché quest'ultima deduzione, cioè un vincolo di originaria e generalizzata motivazione della scelta che guida l'interesse individuale, significherebbe convertire la libertà contrattuale in esercizio di un'attività costantemente soggetta ad un sindacato di discrezionalità, il che equivarrebbe non ad una pura limitazione, ma ad una radicale alterazione concettuale dell'autonomia, ossia ad una sua negazione ⁽²²³⁾.

Emerge in tal modo come dall'Europa e dal dibattito scaturito intorno al divieto di discriminazione sia sorta una nuova ragione, molto forte e pressante, per tornare a interrogarsi sul fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale, onde evitare di giungere al paradosso per cui proprio l'Europa che, attraverso le libertà fondamentali ha consolidato il potere dell'autonomia, debba divenire l'artefice dello sgretolamento del principio.

Torna dunque in auge la tesi del fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale che consente di escludere un'interpretazione sostanzialmente negatrice dell'essenza del principio, quale sarebbe quella che generalizzasse anche a tutta le negoziazioni individuali il sindacato sulle scelte discriminatorie. E infatti sia che il fondamento dell'autonomia venga ravvisato nel diritto all'autodeterminazione e nel libero svolgimento della personalità ⁽²²⁴⁾, *ex art.*

⁽²²³⁾ È l'inaccettabile esito cui giungono le ricostruzioni di B. CHECCHINI, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, in *Diritto civile e principi costituzionali*, a cura di Salvi, Torino, 2012, p. 268 e di CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, p. 235.

⁽²²⁴⁾ È la tesi prevalente in Germania e in Portogallo. Cfr. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992, p. 17 e ss. e PINTO OLIVEIRA and MACCRORIE, *Anti-discrimination Rules in European Contract Law*, in *Constitutional*

2 C., sia che venga identificato — come è parso in dottrina preferibile ⁽²²⁵⁾ — nell’iniziativa economica privata, tanto il diritto inviolabile, in sede di bilanciamento, quanto il diritto protetto dalla garanzia di istituto, in sede di limitazione, non possono in ogni caso essere puramente negati né da una legge né da un’interpretazione della legge.

La ragione sottesa alla normale insindacabilità delle scelte contrattuali ha visto, dunque, prevalere in dottrina gli orientamenti ⁽²²⁶⁾ tesi a giustificare la specificità del riferimento all’offerta al

Values and European Contract Law, cit., p. 113. Sul punto in senso critico rispetto all’orientamento tedesco, cfr. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 139 e ss.

⁽²²⁵⁾ Individuano nell’art. 41 C. la fonte di riconoscimento diretto dell’autonomia contrattuale G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 97 e s.; ID., *Appunti e osservazioni sul seminario*, in *Persona e mercato*, Milano, 1996, p. 139; MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in « Eur. Dir. Priv. », 2005, p. 54 e in *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., p. 96; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 31 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell’autonomia privata*, in *Annuario del contratto 2010*, diretto da D’Angelo e Roppo, Torino, 2011, p. 27. Ci sia consentito rinviare a NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, cit., p. 666 e ss. Ritiene invece solo auspicabile la presenza di una regola costituzionale « di garanzia dell’autonomia privata » CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., p. 48 e s., mentre a favore di una rilevanza costituzionale indiretta dell’autonomia contrattuale cfr. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 1 e ss.

⁽²²⁶⁾ Fra i vari orientamenti cfr., oltre al pensiero degli Autori di cui alle note nn. 228 e 232, MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, a cura di Morozzo della Rocca, Napoli, 2002, p. 43, secondo cui nel caso dell’offerta al pubblico l’offesa alla dignità sarebbe esplicitata e non relegata in una sfera protetta dalla *privacy*, mentre nella negoziazione individuale riemergerebbe il rilievo della *privacy* e la sua capacità di prevalere, nel bilanciamento di interessi, nei confronti della dignità. Tale motivazione, tuttavia, non spiega come mai il divieto di discriminazione sia stato esteso — in dottrina e dalla stessa giurisprudenza — anche all’offerta al pubblico che consti di un mero invito a proporre seguito da un rifiuto discriminatorio, ipotesi nella quale la ragione discriminatoria non è esposta al pubblico e non è esibita più di quanto non lo possa essere in una negoziazione individuale che espliciti la discriminazione.

La tesi, invece, di GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in « Riv. crit. dir. priv. », 2009, p. 221 è che, mentre nell’offerta al pubblico può attuarsi quel giudizio comparativo che è sotteso al concetto di disparità di trattamento e che

pubblico del divieto di discriminazione, che è l'ipotesi sostanzialmente prefigurata dal diritto europeo (227). Una delle motivazioni più vicine allo spirito del legislatore europeo è stata quella che nel riferimento alla negoziazione rivolta verso il pubblico ha ravvisato la *ratio* di evitare che venga sfruttata da parte di un contraente la latitudine del mercato, se nel contempo egli frappone al medesimo mercato ostacoli contrastanti con i valori dell'ordinamento (228).

Senonché una tale ragione, così intrisa di mercantilismo, che pure non è estraneo alle spinte originarie dell'Unione europea (229), è parsa stridere troppo marcatamente con un valore alto quale quello della dignità (230). La spiegazione della *ratio* delle direttive è stata dunque preferibilmente declinata nella prospettiva di un bilanciamento di interessi, che ha operato il legislatore comunitario, fra l'autonomia contrattuale del singolo, che sfrutta il vantaggio dell'offerta al pubblico con la quale può intercettare una pluralità di contraenti, e le pari opportunità di esercizio dell'autonomia di una

consente una proiezione orizzontale del principio di uguaglianza, viceversa, nella contrattazione individuale simile comparazione non sarebbe possibile né giustificata. Tale argomentazione, però, deve, a sua volta, confrontarsi con il caso in cui in una negoziazione individuale la parte esplicitamente rifiuti la contrattazione, dichiarando la ragione discriminatoria e dunque svelando la comparazione virtuale, e con la constatazione che non è ragionevole differenziare il trattamento della discriminazione dichiarata rispetto a quella taciuta.

(227) Così la direttiva 2004/113/CE e la relativa normativa di attuazione nonché i Principi *Acquis* e il *Draft Common Frame of Reference*. Ancora più restrittivo è l'art. 3 della Proposta di direttiva 2 luglio 2008 COM (2008) 426 che si riferisce a coloro che si rivolgono al pubblico nell'esercizio di un'«attività commerciale o professionale». L'unica fonte che non menziona espressamente tale ambito è la direttiva 2000/43, seguita dalla normativa di attuazione, ma la dottrina prevalente sostiene essersi trattato di un errore di traduzione. In tal senso MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, p. 409, nota 33, ripreso da GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., p. 213, *contra* CHECCHINI, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, cit., p. 264 e s.

(228) MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 42 e s.

(229) Per il raccordo fra libertà economiche fondamentali e divieto di discriminazione per ragioni legate alla nazionalità si veda l'originario art. I-4, rubricato «Libertà fondamentali e non discriminazione», di cui al titolo I del Trattato che intendeva istituire una Costituzione per l'Europa. Il testo si può leggere in *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., p. 275. Si veda altresì *supra* il par. 6.2.

(230) GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., p. 225.

pluralità di soggetti altrimenti estromessi ⁽²³¹⁾. In sostanza, il sacrificio dei più rispetto all'interesse del singolo nell'esercizio dell'autonomia contrattuale è la possibile ragione che ha indotto il legislatore ad infrangere il vincolo della normale insindacabilità delle scelte contrattuali, dando immediato risalto al coinvolgimento della dignità e alla pari dignità ⁽²³²⁾ di accesso all'esercizio dell'autonomia, e così realizzando — attraverso il divieto — un'azione positiva a favore dell'uguaglianza formale in concreto.

Tale ragione, com'è chiaro, non può automaticamente riprodersi nel contratto individuale, dove viene meno proprio l'elemento della pluralità degli esclusi, il che peraltro non ha impedito alla dottrina di riflettere su possibili altri contesti, a partire dalla responsabilità precontrattuale ⁽²³³⁾, nei quali può risultare parimenti giustificato un sindacato sulle scelte contrattuali alla luce del divieto di discriminazione.

7.1.1. *Autonomia contrattuale e proiezione orizzontale del principio di uguaglianza.*

Il divieto di discriminazione nell'offerta al pubblico, nel preservare la pari dignità di accesso all'esercizio dell'autonomia contrattuale e dunque nel garantire che sull'esercizio di tale autonomia si rifletta in senso verticale il principio di uguaglianza formale in concreto, realizza contemporaneamente una proiezione in senso orizzontale del principio di uguaglianza, nei limiti di un suo adattamento al contesto contrattuale e nei limiti ovviamente del divieto di discriminazione.

Tale affermazione può apparire singolare ove si consideri che, nella loro valenza verticale, principio di uguaglianza e principio di

⁽²³¹⁾ Ci sia consentito rinviare a NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione nel contratto*, in « Rivista di diritto civile », 2014, p. 547 ss.

⁽²³²⁾ MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., spec. p. 44. Cfr. altresì MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in « Riv. crit. dir. priv. », 2007, p. 88.

⁽²³³⁾ Cfr. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione nel contratto*, cit., p. 556 ss.

non discriminazione⁽²³⁴⁾ sono l'uno la derivazione dell'altro ed entrambi sono sottoposti al vaglio della ragionevolezza. Il legislatore non può operare trattamenti irragionevolmente differenziati né equiparare irragionevolmente situazioni differenti⁽²³⁵⁾, sicché la violazione dei divieti di cui all'art. 3 C. lede il principio di uguaglianza, salvo che la diversità di trattamento non si dimostri ragionevole, così come diversità di trattamento irragionevoli possono risultare discriminatorie e lesive dell'uguaglianza, anche al di fuori degli espliciti divieti di cui art. 3 C.⁽²³⁶⁾, oggi integrati da quelli dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Senonché, il passaggio dalla valenza verticale a quella orizzontale del principio implica, com'è palese, degli adattamenti.

Innanzitutto, tale differente prospettiva comporta che il vaglio della ragionevolezza debba essere plasmato non con riguardo alla legge ma con riferimento al contenuto del contratto⁽²³⁷⁾. Inoltre, nella sua proiezione orizzontale il principio di non discriminazione non opera in tutta la latitudine che gli viene dall'esigenza di evitare irragionevoli disparità di trattamento rispetto alla legge, proprio perché rispetto al contratto non rileva, al di fuori del divieto di discriminazione, il principio di uguaglianza. Se, dunque, può convenirsi sull'opportunità che le ragioni discriminatorie possano estendersi oltre quelle indicate dalle singole leggi e direttive⁽²³⁸⁾, è,

⁽²³⁴⁾ I due principi sono contemplati unitariamente nell'art. 3 C., mentre sono stati articolati in due norme nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 20 e 21. Cfr. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 20 e ss.; MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, WP C.SD.L.E. "Massimo D'Antona". INT, 77/2010, p. 1 e ss.

⁽²³⁵⁾ Cfr. BARBERA, *Discriminazioni e eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, p. 34 e ss.

⁽²³⁶⁾ Tale posizione è stata affermata a partire dalla sentenza della C. cost., 29 marzo 1960, n. 15, in « Giur. Cost. », 1960, p. 147, con nota di PALADIN.

⁽²³⁷⁾ Si pensi al divieto di accedere a talune prestazioni per persone con particolari disabilità, là dove ad esse possano derivare problemi di salute.

⁽²³⁸⁾ Il caso C-303/6 S. *Coleman v. Attridge Law* deciso dalla Corte di Giustizia il 10 luglio 2006, in « European Antidiscrimination Law Review », 2007, p. 51 ha di recente prospettato il problema della discriminazione perpetrata nei confronti di un soggetto che non è direttamente portatore dell'elemento che suscita la discriminazione, nel caso specifico si trattava della madre di un disabile. Sul tema cfr. WADDINGTON,

viceversa, da dubitarsi che esse possano oltrepassare quelle esplicitate dall'art. 3 C. e dal più dettagliato art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sulla base unicamente di una presunta irragionevolezza del trattamento contrattuale. Una simile deduzione rischia, infatti, di sovrapporre alle ragioni delle parti le ragioni dell'interprete, laddove una diversità di trattamento non riconducibile ai paradigmi normativi dettati dai principi costituzionali può rilevare in campo contrattuale non in base ad una irragionevolezza *tout court*, ma solo sul presupposto dell'offesa nei confronti della dignità.

8. *Autonomia contrattuale, principio di uguaglianza sostanziale e giustizia contrattuale.*

Gli interventi sul contratto dettati dall'obiettivo di realizzare il mercato concorrenziale e lo stesso divieto di discriminazione hanno dato l'avvio al processo di erosione del dogma dell'astratta uguaglianza formale creando spazi di rilevanza all'uguaglianza formale in concreto ⁽²³⁹⁾ e soprattutto aprendo l'orizzonte al principio di uguaglianza sostanziale, che sconfessa l'intrinseca e automatica giustizia del contratto.

Oltre alle ipotesi già richiamate ⁽²⁴⁰⁾ — la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori e la possibilità di leggere in chiave di asimmetria contrattuale ⁽²⁴¹⁾ l'abuso di sfrutta-

Protection for Family and Friends: Discrimination by Association, ivi, p. 13 e ss. Il problema era già emerso nel caso *Six complainants v. a public house*, deciso dall'*Equality Tribunal*, 27 gennaio 2004, DEC-S/2004/009-014, di Dublino che si era occupato del divieto di accesso a un pub opposto dal gestore del locale a un gruppo di clienti, tra i quali una persona con alcune disabilità.

⁽²³⁹⁾ Presidiano l'obiettivo di un'uguaglianza formale non solo in astratto, ma anche in concreto il divieto di discriminare la controparte per ragioni personali nonché il divieto di contemplare pattuizioni discriminatorie, ove si detengano una posizione di dominanza sul mercato o di dominanza in una relazione contrattuale o altre situazioni di potere, come nella cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari.

⁽²⁴⁰⁾ V. *supra* par. n. 6.1.

⁽²⁴¹⁾ Ipotizza un'applicazione ai contratti a valle della disciplina sull'abuso di dipendenza economica, LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, II, in « Danno e resp. », 2005, p. 251. Sul punto ci sia consentito rinviare a NAVARRETTA,

mento e i contratti a valle — iniziano a proliferare le previsioni normative che aprono un sindacato sull'iniquità dell'accordo: dalla normativa sull'abuso di dipendenza economica, alla disposizione sui ritardi di pagamento, sino alla disciplina sulla cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari ⁽²⁴²⁾. Al contempo, l'influenza dapprima di fonti *extra-ordinem* e poi di strumenti attratti nel circuito della disciplina dell'Unione — il progetto di *CFR*, poi confluito nel *DCFR* e, da ultimo, la Proposta di *CESL* — allargano la prospettiva di indagine alle c.d. asimmetrie microeconomiche ⁽²⁴³⁾.

Dinanzi a tale quadro esplose il tema della giustizia contrattuale.

Riemergono dal passato vecchie forze attrattive che vanno dal normativismo esasperato, che reputa eccezionali le previsioni normative in materia di giustizia contrattuale ⁽²⁴⁴⁾, all'opposta tentazione di estendere all'intera latitudine del contratto il controllo di giustizia ⁽²⁴⁵⁾, in una sorta di ritorno nostalgico alla dogmatica del contratto giusto, di aristotelica e groziana memoria.

Ma non sfugge ai più che la rivoluzione della giustizia contrattuale è scaturita da un nuovo modo di configurare l'autonomia rispetto al principio di uguaglianza e, dunque, la dottrina prevalente si sforza di ricondurre a sistema la teorica del contratto giusto dentro l'abbraccio del principio di uguaglianza sostanziale.

Abuso del diritto e contratti asimmetrici, in *Annuario del contratto 2011*, Torino, 2012, p. 87.

⁽²⁴²⁾ Cfr. in proposito TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in « C. e I. », 2013, p. 93 e s. e PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. n. 221/2012*, in D'AMICO-PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 174 e ss.

⁽²⁴³⁾ Si veda nel *DCFR* la disciplina degli artt. II.-7:101, II.-7:207 e IVH.-2:104 in materia di *unfair exploitation* e nella Proposta di *CESL* l'art. 51 dell'Annex I.

⁽²⁴⁴⁾ RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, « terzo contratto »*, in « C. e I. », 2009, 120 ss.

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. in tal senso GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in « C. e I. », 2000, p. 924 e ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in « Rass. dir. civ. », 2000, p. 560 e ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, *Rass. dir. civ.*, 2001, 347; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, 186 ss.; ROLLI, *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, in « Contratto e impresa », 2001, 2, p. 621; ID., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 145 e ss.

Tale angolazione apre ulteriormente un ventaglio di ricostruzioni: dalla tesi dualista, che articola la disciplina fra contratti nobili (conclusi ad armi pari) e contratti asimmetrici ⁽²⁴⁶⁾; alla teoria tripartita dei contratti ⁽²⁴⁷⁾ — lontanamente evocatrice della tripartizione di Reich ⁽²⁴⁸⁾ — sino all'approccio c.d. tipologico ⁽²⁴⁹⁾.

Il fiorire di ricostruzioni non deve stupire in quanto, spezzato il velo della finzione di uguaglianza, si apre un panorama di diversità estremamente ampio e variegato.

Se questo giustifica il bisogno di trascendere la tipizzazione normativa, rende, tuttavia, ardua o troppo generica la ricostruzione di una paradigma generale di debolezza contrattuale, che rischia di attribuire una sorta di delega in bianco alla sensibilità e all'arbitrio del singolo giudice nell'individuare i suoi lineamenti concreti e che appare contraddetta dal dato reale e dallo sforzo del legislatore di disegnare diverse tipologie di asimmetrie, associate a differenti

⁽²⁴⁶⁾ ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in « Riv. dir. priv. », 2001, 769 ss., nonché in *Il contratto del duemila*, 2^a ed., Torino, 2005, 23 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, in « Riv. dir. priv. », 2007, 669 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in « Corr. giur. », 2009, p. 267 e ss.

⁽²⁴⁷⁾ Cfr. la presentazione di Pardolesi al volume di COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII e soprattutto i saggi raccolti nel volume di GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., *passim*. Cfr. altresì, MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, cit., 1584 ss. In una chiave prevalentemente descrittiva del problema si colloca la monografia di FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, *passim*.

⁽²⁴⁸⁾ Nel 1974 REICH, *Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz*, in « Zeitschrift für Rechtspolitik », 1971, I, p. 187 e ss. distingueva fra *Unternehmensrecht*, *Verbraucherrecht* e *Bürgerrecht*.

⁽²⁴⁹⁾ Cfr. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 131 e ss. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in « Riv. dir. civ. », 2005, 515 ss.; ID., *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, in « Riv. dir. civ. », 2006, p. 417 e ss.; ID., *Abuso del diritto e contratti asimmetrici di impresa*, in *Annuario del contratto 2011*, cit., p. 83 e ss.; PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 455 e ss.

conseguenze. Quanto all'opposta ricostruzione che frammenta l'autonomia privata in modelli contrattuali radicalmente separati e segmentati, riportando il fenomeno dell'autonomia ad una logica simile a quella degli stati giuridici, anch'essa non si è sottratta alle critiche. I ruoli di consumatore e di imprenditore non hanno infatti un valore assoluto, tant'è che la debolezza dell'uno può rinvenirsi in certe circostanze anche nell'altro, e soprattutto, pur dovendosi ritenere acquisita la corretta intuizione dell'esigenza di un apparato rimediabile che rispecchi le caratteristiche della specifica debolezza⁽²⁵⁰⁾, non si devono, tuttavia, trascurare le potenzialità offerte, sul terreno rimediabile, dal confronto con altri modelli di regolamentazione asimmetrica⁽²⁵¹⁾.

Le criticità delle varie impostazioni, che comunque da diverse angolature hanno colto aspetti essenziali del fenomeno, stanno orientando parte della dottrina verso una soluzione mista, la c.d. ricostruzione tipologica, che si sforza di individuare nelle previsioni normative il tipo di debolezza contrattuale cui il legislatore ha conferito giuridica rilevanza e le ragioni della tutela, di valutare il tipo di controllo e di intervento sul contratto che la specifica debolezza necessita, di vagliare la possibile operatività della debolezza contrattuale anche in ambiti differenti rispetto a quelli tracciati dal legislatore e, infine, di costruire un apparato di rimedi, ammettendo un coordinamento sistematico fra contratti asimmetrici.

Il quadro dell'autonomia contrattuale diviene dunque articolato e composito come complesso e variegato è il mondo delle diseguaglianze, governabile solo attraverso un'effettiva e costante sinergia tra potere legislativo e potere giudiziario.

9. *L'attrazione del dibattito sull'autonomia contrattuale verso i principi 'alti' e la dialettica fra giustizia contrattuale e giustizia sociale nella sintesi dell'economia sociale di mercato.*

La fisionomia che in estrema sintesi riflette l'autonomia con-

⁽²⁵⁰⁾ Cfr. sul punto ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, cit., 231 ss.

⁽²⁵¹⁾ Ci sia consentito rinviare al nostro contributo su *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., p. 322 e ss.

trattuale sottoposta alla rivoluzione delle fonti europee è quella di una proiezione sempre più spiccata verso i principi 'alti' dell'ordinamento, quale acquisizione della stretta connessione fra l'autonomia contrattuale e il contesto sociale, economico e politico, di cui i principi fondamentali si fanno interpreti, cercando di divenire essi stessi baricentro teleologico dell'evoluzione giuridica.

L'attrazione verso i principi fondamentali, che vedono oramai intrecciarsi Costituzioni nazionali, Trattati e fonti convenzionali, riguarda non soltanto i limiti, ma anche i condizionamenti all'esercizio del potere, che viene plasmato sull'obiettivo del mercato concorrenziale e adattato ad una pienezza di conformità rispetto al principio di uguaglianza anche concreta e sostanziale. Tali e tante pressioni sul principio dell'autonomia rilanciano il tema del riconoscimento costituzionale ⁽²⁵²⁾ posto che la legittimazione del principio, se era scontata in una società di stampo liberalista ⁽²⁵³⁾, si smarrisce nell'intreccio dei tanti fili assiologici al cui impatto, specie quello del principio della dignità e dell'uguaglianza sostanziale, non

⁽²⁵²⁾ In sintesi si sono progressivamente schierati a favore del riconoscimento costituzionale diretto, *ex art. 41 Cost.*, G. BENEDETTI, *Negoziato giuridico e iniziativa economica privata*, cit., p. 97 e s.; ID., *Appunti e osservazioni sul seminario*, in *Persona e mercato*, p. 139; DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., pp. 202-203; LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., pp. 14-15; MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, cit., p. 54 e in *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., p. 96; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 31 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, cit., p. 27. Sempre lungo il corso della storia si sono orientati a favore del riconoscimento costituzionale indiretto ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale della autonomia privata*, cit., p. 191; GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di 'ragionevolezza' delle norme speciali?*, cit., p. 92 e s.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 239 nota n. 3; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 1 e ss., ID., *Programmazione e diritto*, cit., p. 11 dell'estratto. Infine, auspica un futuro riconoscimento costituzionale di tale libertà CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., p. 48 e ss.

⁽²⁵³⁾ Cfr. per tutti MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 1 e ss. nonché le considerazioni di MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, di prossima pubblicazione sugli *Annali dell'Enciclopedia del diritto*.

potrebbe resistere il potere dei privati, se non avesse esso stesso un supporto nei valori di rango costituzionale ⁽²⁵⁴⁾.

Potenziata e contesa, limitata e funzionalizzata l'autonomia contrattuale appare protesa verso da una pluralità di obiettivi, spesso potenzialmente conflittuali, la cui sintesi e la cui coesistenza è l'ambizione avanzata in apertura al *Draft Common Frame of Reference*, dove si evocano quali *underlying principles* la giustizia, l'efficienza, la sicurezza e la libertà.

Il riferimento alla Costituzione, se serve ad orientare le sorti dell'autonomia contrattuale, non deve essere, tuttavia, manipolato nel tentativo di far gravare sul contratto funzioni ulteriori rispetto a quelle già così onerose di far coesistere obiettivi di differente segno. Serpeggia in particolare la forte tentazione di avvalersi dei principi costituzionali abbinati alle clausole generali per insinuare nelle singole negoziazioni anche istanze redistributive e di giustizia sociale ⁽²⁵⁵⁾, similmente a quanto è dato riscontrare nella giurisprudenza tedesca, a partire dai casi *Handelsvertreter* del 1990 ⁽²⁵⁶⁾ e *Bürgschaft* del 1993 ⁽²⁵⁷⁾, dove la Costituzione è servita ad infondere valori personalistici rafforzativi della libertà contrattuale di una parte economicamente o socialmente debole ⁽²⁵⁸⁾, onde farla prevalere sulla controparte ⁽²⁵⁹⁾.

⁽²⁵⁴⁾ Viene meno il rilievo di SCHLECHTRIEM, *Grundgesetz und Vertragsordnung*, in *40 Jahre Grundgesetz*, Heidelberg, 1990, p. 39 secondo il quale quello della rilevanza costituzionale dell'autonomia contrattuale era da ritenersi « tema ingrato e poco fecondo ».

⁽²⁵⁵⁾ In particolare, la tentazione serpeggia nel *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 17 e ss. e spec. 19 dove il tema della giustizia sociale viene abbinato alla clausola di buona fede. Critico sul punto M. BARCELONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, ivi, p. 70 che se, per un verso, apprezza l'attenzione dedicata dal Manifesto al tema della giustizia sociale, per un altro verso, rileva come tale tematica non possa essere ridotta al riferimento all'equità e alla costituzionalizzazione.

⁽²⁵⁶⁾ *BVerfG*, 7.2.1990, in « *BVerfGE* » 81, p. 242.

⁽²⁵⁷⁾ *BverfG*, 19.10.1993, in « *BVerfGE* » 89, 214 e in « *N.G.C.C.* », 1995, I, p. 197 e ss., con nota di Barenghi.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. COLOMBI GIACCHI, *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, cit., p. 167 e ss.; ID., *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*, cit., p. 303 e ss.; CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights*, in *Constitutional Values and European*

Se è vero infatti che svariati interventi sul contratto, compresi quelli di giustizia contrattuale, possono generare positivi effetti redistributivi ⁽²⁶⁰⁾, essi « non possono essere misurati in modo convincente » ⁽²⁶¹⁾ e, dunque, la relativa disciplina non può essere ascritta alla giustizia sociale né si possono sovrapporre interventi che generano eventuali effetti redistributivi con interventi costruiti *ab imis* con una funzione redistributiva ⁽²⁶²⁾. Questo secondo tipo di interventi, certamente configurabile ⁽²⁶³⁾, necessita di una previsione legislativa specifica, che garantisca una ripartizione equanime sul sistema del meccanismo redistributivo, ed in ogni caso richiede un utilizzo cauto, onde evitare che il mercato reagisca allo strumento giuridico, escludendo dal suo contesto beni o contraenti, come si è già verificato nella fase dell'interventismo in economia, specie con riguardo al regime delle locazioni.

Dunque, la giustizia sociale può coinvolgere la disciplina contrattuale ma deve solo lambirla e deve farlo evitando lo strumento delle clausole generali e dei principi ⁽²⁶⁴⁾ che fanno gravare in maniera imprevedibile, disomogenea e spesso casuale i costi dell'i-

Contract Law, cit., p. 47; LURGER, *Grundfragen des Vertragsrecht in der Europäischen Union*, Wien, New York, 2002, p. 242. In tempi meno recenti cfr. GRUNSKY, *Vertrag-freiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin-New York, 1995, p. 12 e ss.

⁽²⁵⁹⁾ Osservava opportunamente MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 20 « Mi permetto soltanto di manifestare l'impressione che l'enucleazione dall'art. 2 GG di una garanzia costituzionale diretta della libertà di contratto sia servita al BVG solo per fondare il ricorso costituzionale del contraente danneggiato, mentre non sembra indispensabile per fornire la premessa maggiore alla sua argomentazione in proposito ».

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 77.

⁽²⁶¹⁾ Così con grande finezza WILHELMSSON, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 274-275.

⁽²⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽²⁶³⁾ Cfr. fra i primi KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, in « Yale Law Journal », LXXXIX (1980), p. 472 e ss.; KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power*, in « Maryland Law Review », 1982, 41, p. 563 e ss.; ID., *La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti*, in « Riv. crit. dir. priv. », 2002, p. 317 e ss.

⁽²⁶⁴⁾ In tal senso cfr. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in « Riv. crit. dir. priv. », 2003, p. 659 e ss. e 678 ss.; ID., *Social Market and the Law of Contract*,

niqua distribuzione della ricchezza. Ne deriva la necessità di utilizzare in tutte le sue potenzialità lo strumento contrattuale e con esso il mercato, ma riconoscendone, al contempo, i limiti rispetto alla giustizia sociale, oltre i quali si impongono politiche redistributive di diversa natura e ispirazione.

In definitiva, la distinzione e al contempo l'intreccio fra interventi di giustizia contrattuale e politiche di giustizia sociale riflette coerentemente l'antica formula, resa moderna dal Trattato di Lisbona, dell'economia sociale di mercato ⁽²⁶⁵⁾, nella quale si compendia il bisogno di far coesistere gli effetti benefici del mercato regolamentato e del contratto giusto in senso commutativo, con la consapevolezza dei loro limiti e dunque con l'esigenza di affidare alla politica e ad istituti anche diversi dal contratto l'onere di completare il processo redistributivo ⁽²⁶⁶⁾ e di perseguire gli obiettivi della giustizia sociale.

10. *La crisi del principio dell'autonomia e delle politiche economiche e sociali ai tempi del Trattato MES e del Trattato sul Fiscal Compact. Barlumi di una possibile soluzione e linee di tendenza.*

Se la formula dell'economia sociale di mercato viene esibita anche quale risposta ai problemi creati dalla crisi, non può tacersi che quest'ultima ha minato (o sta quanto meno minacciando) la validità di ambedue i capisaldi della formula: il mercato, in quanto fondato sull'autonomia contrattuale, a sua volta radicata su un presupposto di razionalità sia pure limitata, e le istituzioni pubbliche capaci di adoperarsi per attuare le politiche sociali.

L'ambizione ordo e neo-liberista di correggere i *market failures*, orientando le singole razionalità degli agenti verso una razionalità complessiva del sistema, si scontra con la constatazione che la

ARSP-Beibft 49, Franz Steiner Verlag, 1992, pp. 85 e 87, che confuta l'idea che le clausole generali possano avere l'attitudine a realizzare il fine della giustizia sociale.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. per tutti LIBERTINI, *A "highly competitive social market economy" as a founding element of the European Economic Constitution*, in « Concorrenza e mercato », 2011, p. 498 e ss.

⁽²⁶⁶⁾ Cfr. in tal senso anche M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 78.

sommatoria delle razionalità individuali ha condotto verso un risultato di irrazionalità globale del sistema ⁽²⁶⁷⁾, tale da indurre taluno a decretare una politica *Against Autonomy*, favorevole ad un *Coercive Paternalism* ⁽²⁶⁸⁾.

Al contempo, si è profilata l'ipoteca che grava sulle politiche sociali strette tra il *deficit* di democraticità e di competenza a legiferare in ambito fiscale e sociale dell'Unione e la non sostenibilità economica delle politiche sociali per gli Stati membri, intrappolati nella tenaglia della crisi e dei vincoli economico-finanziari dettati dal *Fiscal Compact*.

In una tale congiuntura non è agevole ravvisare barlumi di una soluzione, né sicure linee di tendenza, ma lo sforzo più convincente pare quello che tende non ad attuare una rottura radicale, bensì a cercare un possibile coordinamento fra dimensione micro e macro-economica, fra interventi statali e interventi dell'Unione, senza dimenticare la dimensione globale dalla quale la crisi è scaturita ⁽²⁶⁹⁾.

Convince l'idea di allentare la morsa di bilancio per agevolare lo sviluppo e le politiche sociali nazionali, se a tale prospettiva si associa un coinvolgimento in alcune politiche sociali della stessa Unione Europea nonché l'impegno per gli Stati membri a farsi carico di « vincoli di solidarietà che derivano dalla comune appartenenza dell'Unione » ⁽²⁷⁰⁾ e che dovrebbero trascendere la mera prospettiva dell'emergenza e della tutela della stabilità monetaria sottesa al Trattato MES.

D'altro canto, rispetto al tema centrale nella presente indagine — l'autonomia contrattuale — occorre rilevare come la prospettiva della regolamentazione del mercato non possa limitarsi ad un intervento di tipo microeconomico. L'annuncio del declino dell'autonomia contrattuale sembra, all'uopo, aver trascurato che la crisi finan-

⁽²⁶⁷⁾ Cfr. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *I contratti per le imprese*, I, a cura di Gitti-Maugeri-Notari, Bologna, 2012, p. 88.

⁽²⁶⁸⁾ CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, 2012, *passim*. Cfr. altresì HOWSON, *When « good » Corporate Governance makes « bad » (Financial) Firms. The Global Crisis and the Limits of Private Law*.

⁽²⁶⁹⁾ Il tema è stato particolarmente caro a GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

⁽²⁷⁰⁾ In tal senso JOERGES-GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, cit., p. 367.

ziaria si è verificata in assenza di adeguati strumenti di controllo del sistema bancario, quali quelli successivamente elaborati con gli accordi di Basilea. È risultato in altri termini palese che, affinché il mercato possa giungere, a livello generale, a risultati non irrazionali, non basta orientare la razionalità dei singoli, ma occorre sviluppare anche strumenti non contrattuali e preventivi di controllo, collocati nei punti più delicati del sistema economico e finanziario, come aveva intuito, sin dagli inizi del millennio, autorevole dottrina privatistica ⁽²⁷¹⁾.

In definitiva, si deve confutare che la crisi finanziaria ed economica abbia insinuato un fallimento nello stesso strumento contrattuale, laddove forse a tramontare è stata solo l'illusione ordoliberalista. L'autonomia contrattuale in quanto tale non è, viceversa, in declino ⁽²⁷²⁾, ma anzi si sta dimostrando servente rispetto ad interessi generali ⁽²⁷³⁾ e alle esigenze poste dalla stessa crisi, prefigurando un'immagine dello Stato che, lungi dal ritornare interventista, diviene piuttosto uno Stato-promotore ⁽²⁷⁴⁾.

⁽²⁷¹⁾ Già agli inizi del nuovo millennio GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, cit., p. 676 osservava — con apprezzabile lungimiranza — che la svolta neo-liberista dell'economia di mercato si associa all'« esigenza di un severo controllo pubblico sul corretto funzionamento del mercato, in particolare del mercato finanziario ».

⁽²⁷²⁾ Si condivide dunque in pieno la linea espressa da ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in « Riv. crit. dir. priv. », 2013, p. 185 e la sua adesione alla posizione espressa nel saggio di THALER e SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, trad. it. *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, 2009.

⁽²⁷³⁾ L'obiettivo del *social housing* tende sempre di più ad affrancarsi dal finanziamento pubblico e ad avvalersi di operatori privati per cercare autonomamente di generare risorse finanziarie destinate alla finalità sociale, sfruttando i benefici fiscali e conseguendo una parziale remunerazione del capitale. Sempre a titolo di esempio GITTI-MONTANINO, *Dallo Stato erogatore allo Stato promotore e contraente: verso una nuova politica economica*, in « Osservatorio di diritto civile e commerciale », 2012, p. 45 e ss. rammentano l'accordo di moratoria sui debiti contratti dalle piccole e medie imprese con il sistema creditizio; gli strumenti contrattuali per garantire liquidità alle imprese fornitrici della P.A.; e ancora lo stesso Stato debitore nei confronti delle imprese, che fa ricorso a strumenti privatistici, come la compensazione fra crediti commerciali e crediti fiscali, per far fronte alla sua incapacità solutoria.

⁽²⁷⁴⁾ GITTI-MONTANINO, *Dallo Stato erogatore allo Stato promotore e contraente: verso una nuova politica economica*, cit., p. 41 e ss.

La persistente vitalità del contratto conferma, dunque, la centralità dell'istituto, la sua straordinaria capacità di reazione e di adattamento ai « fattori di trasformazione delle istituzioni giuridiche » ⁽²⁷⁵⁾ e soprattutto la sua attitudine ad implementare e ad orientare, nel dialogo con i valori 'alti', le scelte economiche, politiche e culturali del momento.

⁽²⁷⁵⁾ BRECCIA, *Autonomia contrattuale*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 67.

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

43

T.II

2014

**QUADERNI
FIORENTINI**

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
TROPÉ (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

43

(2014)

Autonomia
Unità e pluralità nel sapere giuridico
fra Otto e Novecento

TOMO II



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814183676

ISSN 0392-1867

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

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2014

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

Autonomia e diritto internazionale

LUIGI NUZZO

AUTONOMIA E DIRITTO INTERNAZIONALE.
UNA LETTURA STORICO-GIURIDICA (*)

1. Autonomia e *Non-Self-Governing Territories*. — 2. Genealogie testuali. — 3. Un modello per l'autonomia?

1. *Autonomia e Non-Self-Governing Territories*.

L'autonomia in senso giuridico è sempre un potere legislativo. Ma essa è in contrasto con la sovranità. L'attività legislativa autonoma (*Selbstgesetzgebung*) può essere attribuita come una speciale qualità solo a quella comunità cui le leggi potrebbero essere affidate anche da un potere ad essa sovraordinato; il vero potere sovrano non può ricevere dall'esterno alcuna legge, sarebbe pertanto un'ovvia banalità dire che esso ha la competenza di darsi le leggi da sé. L'autonomia, come concetto giuridicamente rilevante, presuppone un potere pubblico non sovrano, al quale compete, in forza del suo proprio diritto e non già in virtù di una delega, di emanare norme giuridiche vincolanti. Il difetto di sovranità di questo potere legislativo appare evidente, giacché esso deve tenersi entro i limiti che il sovrano ha fissato all'autonomia e non può porre alcuna norma che contrasti con quelle poste dal sovrano ⁽¹⁾.

Pensata per descrivere l'ordine costituzionale del *Reich* tedesco, la definizione di autonomia di Paul Laband costituisce un ottimo punto di partenza anche per un'analisi di questo concetto

(*) Ho cominciato a scrivere questo articolo durante un soggiorno presso l'Ost-Asiatische Seminar della Freie Universität di Berlino, finanziato dalla Alexander von Humboldt Stiftung. Ringrazio il prof. Klaus Mühlhahn per la gentile ospitalità. Il lavoro fa parte di un progetto più ampio dal titolo: *Space, Time and Law in a Global City: Tianjin 1900-1945* in corso di svolgimento presso l'Institute of International Law and Justice della New York University all'interno del Hauser Global Fellow Program della School of Law (a.a. 2014-2015). Il progetto ha ricevuto un contributo dalla Fondazione Monte dei Paschi di Siena.

⁽¹⁾ PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, (1911), Bd. 1, 5. Aufl., Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp. 106-107. La traduzione è mia.

all'interno di un settore disciplinare, il diritto internazionale, che sembra non averlo tematizzato specificatamente. Ricercarne le tracce nel discorso internazionalistico e assumere, come suo nucleo costitutivo, la contrapposizione tra *Gesetzgebungsgewalt* e *Staatsgewalt*, o più esattamente tra riconoscimento dell'esercizio del potere legislativo e assenza di sovranità, evidenzia tuttavia la paradossalità di fondo di questa contrapposizione e al contempo ci indica la strada da seguire. Essa ci impone infatti di assumere lo Stato e l'uguaglianza tra Stati come mere finzioni giuridiche, accettando la possibilità che possano coesistere una « innere Selbständigkeit der Staatsgewalt », che si manifesta come autonomia legislativa, giurisdizionale e amministrativa, e l'assenza di una piena sovranità territoriale. Nel diritto internazionale infatti autonomia non implica indipendenza e piena personalità giuridica. Al contrario serve ad individuare soggetti che godono di un livello di indipendenza inferiore a quello di uno Stato e a misurarne il grado di potere auto governamentale, riconoscendo la loro tutela internazionale attraverso l'applicazione del principio di autodeterminazione e/o affidando la loro regolamentazione al diritto costituzionale dello Stato di cui continuano a fare parte ⁽²⁾.

Il concetto di autonomia qualifica quindi l'attività di autogoverno di una data entità senza implicarne l'indipendenza o la sovranità sul territorio all'interno del quale quella stessa attività è esercitata, sebbene talvolta sia riconosciuto anche al soggetto autonomo di stipulare accordi internazionali o di prendere parte ad organizzazioni internazionali. Nell'impossibilità di offrire una definizione in cui poter ricomprendere casi molto distanti l'uno dall'altro, mi sembra condivisibile la tesi sostenuta da Hurst Hannun e Richard B. Lillich secondo la quale l'autonomia identifica il minimo di potere governamentale che un territorio dovrebbe possedere per

(2) James CRAWFORD, *The Creation of State in International Law*, (1979), 2. ed., Oxford, University Press, 2006, p. 323, « Autonomous areas are regions of a State, usually possessing some ethnic or cultural distinctiveness, which have been granted separate powers of internal administration, to whatever degree, without being detached from the State of which they are part »; v. anche Ruth LAPIDOTH, *Autonomy. Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, Washington, U.S. Institute of Peace, 1997, pp. 41-48; e soprattutto Benedict KINGSBURY, *Sovereignty and Inequality*, in « European Journal of International Law », 9 (1998), pp. 599-625.

essere considerato pienamente autonomo e dotato di autogoverno. Per i due giuristi americani ciò significava l'esistenza di un governo eletto localmente, con un qualche potere legislativo, e la presenza sia di un governatore (*chief executive*), anch'esso espressione del territorio (per quanto soggetto alla approvazione del governo centrale), sia infine di un'autorità giudiziaria locale ed indipendente, ma comunque controllata attraverso l'approvazione della nomina di alcuni suoi membri⁽³⁾. Nella lettura di Hannun e Lillich il concetto di autonomia era dunque una categoria estremamente flessibile in grado di decifrare la complessità istituzionale dell'ordine internazionale dei primi anni Ottanta. Essa permetteva di scoprire realtà istituzionali altrimenti condannate all'oblio dall'applicazione rigorosa degli *standards* di statualità e di ricondurle nelle griglie ordinate offerte dalle categorie giuridiche.

Finalmente soggettività ibride non sovrane, né pienamente indipendenti, cronologicamente lontane tra loro e profondamente diverse per grado di autonomia e autogoverno posseduti, trovavano la loro collocazione nel firmamento giuridico e lenivano l'ansia classificatoria del giurista. Stati federali, Stati associati, territori internazionalizzati e un gruppo « misto » in cui confluivano esperienze diverse che andavano dal sistema dei *millet* dell'impero ottomano all'Autonomia palestinese, rappresentavano le macroaree principali. Al loro interno, poi, i due autori individuavano 22 *case studies* di cui erano valutati empiricamente, attraverso l'esame del

(3) Hurst HANNUN and Richard B. LILICH, *The Concept of Autonomy in International Law*, in « American Journal of International Law », 74 (1980), pp. 858-87. L'articolo fu ripubblicato l'anno successivo in un volume estremamente interessante curato da Yoram Dinstein, *Models of Autonomy*, Tel Aviv, University Press, 1981. Hannun ha poi sviluppato le riflessioni contenute nell'articolo sopra citato in un libro dal titolo, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press, 1990, in cui ribadisce che « autonomy is not a term of art in international or constitutional law » (p. 4); v. anche H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Autonome Gebiete*, in *Wörterbuch des Völkerrechts*, Hg. Karl Strupp, Hans Jürgen Schlochauer, Bd. 1, Berlin, De Gruyter, 1960, pp. 133-134; Bengt BROMS, *Autonomous Territories*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Rudolf Bernhardt ed., v. 1, North-Holland, Elsevier, 1992, pp. 308-311.

loro potere, legislativo e giudiziario, il livello di « indipendenza e il controllo sui propri affari interni » (4).

Da un punto di vista teorico, invece, il problema che pongono queste esperienze, lontane tra loro per ragioni geografiche o temporali, ruota intorno al livello di 'autonomia' richiesto dall'ordinamento per riconoscere una soggettività internazionale. Esso investe, da un lato, come sottolineava già la dottrina tedesca di fine Ottocento, la possibilità che, all'interno dello stesso concetto di sovranità, coesistano un'autonomia interna (*innere Selbstständigkeit*) legislativa, giurisdizionale ed amministrativa e l'assenza di una piena indipendenza esterna (*äussere Unabhängigkeit*), dall'altro il rapporto tra Stato, territorio e popolo. E proprio assumendo il concetto di territorio come punto di partenza per una riflessione più ampia sul concetto di autonomia è possibile individuare una definizione. Paradossalmente infatti sebbene il diritto internazionale non abbia tematizzato espressamente i territori autonomi, definisce i territori non autonomi. L'art. 73 del capitolo XI della Carta delle Nazioni Unite prevede l'esistenza di *Non-Self-Governing Territories*, cioè di territori le cui popolazioni non hanno raggiunto ancora una piena autonomia. Esse sono rappresentate come incapaci di autogovernarsi e quindi appaiono bisognose di controllo, tutela, protezione. I membri delle Nazioni Unite che ne avessero avuto o assunto l'amministrazione avevano la « sacra missione » di perseguire il loro benessere. Ciò significava assicurare loro progresso politico, economico e sociale, favorirne il processo verso l'autogoverno e, più in generale, rafforzare la pace e la sicurezza internazionale (5).

Percorso da un afflato solidaristico e rivolto a favorire il

(4) HANNUN and LILICH, *The Concept of Autonomy*, cit.

(5) Cfr. Louis B. SOHN, *Models of Autonomy within the United Nations Framework*, in DINSTEN, *Models of Autonomy*, cit., pp. 9-22. L'ultimo punto dell'art. 73 dello Statuto delle Nazioni Unite prevede l'obbligo per le *administering authorities* di trasmettere regolarmente al Segretario Generale, a scopo d'informazione e con le limitazioni che possano essere richieste dalla sicurezza e da considerazioni costituzionali, i dati statistici e le altre notizie di natura tecnica, riguardanti le condizioni economiche, sociali ed educative nei territori di cui sono rispettivamente responsabili, eccezion fatta per quei territori cui si applicano i capitoli XII e XIII. Cfr. Maria VISMARA, *Le Nazioni Unite per i territori dipendenti e per la decolonizzazione, 1945-1966*, Padova, Cedam, 1966, pp. 147-1993; CRAWFORD, *The Creation of State*, cit., pp. 602-647.

processo di decolonizzazione, l'articolo, tuttavia, da un lato, non arrivava a riconoscere alle popolazioni interessate un diritto all'indipendenza, dall'altro, prevedendo che l'assunzione degli obblighi sopra indicati avvenisse nei confronti degli Stati membri e non delle stesse popolazioni, continuava a rappresentare queste ultime solo come l'oggetto di una tutela e non come un soggetto cui riconoscere un ruolo attivo. E, ancor più rilevante ai fini del nostro discorso, non permetteva attraverso il ricorso al criterio della piena autonomia, di individuare con chiarezza a quali territori si facesse riferimento ⁽⁶⁾.

A questo proposito qualche indicazione in più è offerta dall'art. 74, secondo il quale « i Membri delle Nazioni Unite riconoscono altresì che la loro politica nei riguardi dei territori cui si riferisce questo capitolo, non meno che nei riguardi dei loro territori metropolitani, deve basarsi sul principio generale del buon vicinato in materia sociale, economica e commerciale, tenuto il debito conto degli interessi e del benessere del resto del mondo ». Ex art. 74, quindi, i territori non autonomi non possono far parte dei territori metropolitani. Sono, potremmo dire, geograficamente differenti. Non solo. L'alterità che li caratterizza dal punto di vista spaziale segna indelebilmente le popolazioni che li abitano, producendo allo stesso tempo anche una loro alterità culturale. Inclusi in un'altra spazialità essi sono antropologicamente e culturalmente differenti dai cittadini metropolitani. Ciò emerge con chiarezza rileggendo l'art. 73 alla luce proprio dell'alterità spaziale individuata dall'art. 74. Attraverso il suo filtro acquista infatti un significato estremamente importante la negazione che precede l'avverbio temporale in esso contenuto: « non ancora ». « Non ancora » in grado di auto-amministrarsi e dunque ancora bisognosi di tutela e di una guida sicura.

Recentemente i teorici postcoloniali hanno insistito molto sul dato temporale e ne hanno opportunamente sottolineato la rilevanza nel processo di costruzione della discorsività coloniale contempora-

⁽⁶⁾ Ralph WIDE, *International Territorial Administration. How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford, University Press, 2008, p. 320 ss.; p. 373 ss.

nea (7). Non così la storiografia giuridica che solo negli ultimi anni ha cominciato a ripensare con maggiore consapevolezza il passato coloniale. Eppure quel « non ancora » era stato soprattutto il frutto di una riflessione giuridica, avviata dai giuristi inglesi alla fine dell'Ottocento e poi sviluppata teoricamente, con la mediazione della dottrina tedesca, da Santi Romano all'interno di un percorso che avrebbe dovuto condurre alla liberazione dello Stato liberale dai lacci del formalismo giuridico e alla sua trasformazione in Stato amministrativo (8). Grazie ad una negazione e ad un semplice avverbio temporale territori e popolazioni coloniali furono dislocati in un'altra temporalità. Gli effetti di questo *déplacement* temporale non furono banali né, come dimostra l'art. 74 della Carta delle Nazioni Unite, di breve durata sia sul piano del diritto internazionale, sia sul piano del diritto interno. Infatti, sebbene l'alterità culturale indigena non arrivasse a determinare la loro formale esclusione dalla società internazionale, essa impediva loro di ottenere una soggettività giuridica internazionale. Allo stesso tempo l'alterità spaziale e temporale in cui furono confinate fece venire meno qualunque obbligo di carattere costituzionale, dilatò i poteri dell'esecutivo e degli apparati militari, rese ammissibile oltremare l'esistenza di più regimi normativi e infine confinò quelle popolazioni nell'ambigua categoria dei sudditi coloniali (9).

Nel 1945 quel mondo non era ancora scomparso. Nella Carta delle Nazioni Unite il tempo della metropoli, dello Stato di diritto e dello stesso diritto internazionale non erano il tempo della colonia, persistevano sacre missioni ispirate dal progresso e continuavano a contrapporsi Stati occidentali e popolazioni civili a territori non autonomi o ad amministrazione fiduciaria e a popolazioni da guidare con mano amorevole e ferma. Gli articoli 73 e 74 lo mostrano molto chiaramente, anzi lo dichiarano, sottolineando la differenza geogra-

(7) Particolarmente interessanti le osservazioni di Homi BHABHA, in *The Location of Culture*, London, Verso, 1994, pp. 327-354.

(8) Luigi NUZZO, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, p. 265 e ss.

(9) Luigi NUZZO, *A Dark Side of the West Legal Modernity. The Colonial Law and its Subject*, in « Zeitschrift für neue Rechtsgeschichte », 33, n. 3/4 (2011), pp. 205-222; Luciano MARTONE, *Diritto d'Oltremare. Legge e ordine per le colonie del Regno d'Italia*, Napoli, Jovene, 2008.

fica dei territori autonomi rispetto ai territori metropolitani e rimarcando l'appartenenza dei primi ad un'altra temporalità.

I territori non autonomi erano quindi territori coloniali (e le loro popolazioni coloniali) e, come tali, sia culturalmente ed etnicamente differenti, sia sottoposti alla giurisdizione interna dello Stato amministratore. Era infatti a quest'ultimo che la Carta delle Nazioni Unite affidava il compito di individuare i territori non autonomi sottoposti alla sua giurisdizione e di trasmettere regolarmente al Segretario Generale, a scopo d'informazione e con le limitazioni che potevano essere richieste dalla sicurezza e da considerazioni costituzionali, dati statistici ed altre notizie di natura tecnica, riguardanti le loro condizioni economiche, sociali ed educative ⁽¹⁰⁾.

Nella prassi però, il mancato riconoscimento nella Carta delle Nazioni Unite di alcuna specifica competenza dell'Assemblea Generale nella definizione dei territori autonomi, è stato superato da una politica interventista delle stesse Nazioni Unite che sin dal 1946 hanno svolto attraverso le proprie risoluzioni un ruolo decisamente attivo. Già con la risoluzione del 14.12.1946 l'Assemblea specificò il generico obbligo di informazioni cui erano tenuti gli Stati membri amministratori *ex art.* 73, includendovi anche le informazioni di natura politica, e avviò un processo che condusse tre anni più tardi alla costituzione di un *Comitato speciale delle Informazioni* ⁽¹¹⁾. Nel

⁽¹⁰⁾ Fu proprio la difficoltà di definire con esattezza cosa fossero i territori non autonomi che condusse la Seconda Commissione della 4ª Commissione (Amministrazioni Fiduciarie) dell'Assemblea dell'Onu ad affidare a ciascun membro il compito di indicare i territori che rientrassero in tale categoria. Un buon esempio (da una prospettiva coloniale) della ricostruzione postbellica del dibattito è offerto da Rolando QUADRI, *Diritto coloniale*, (1950), 4. ed., Padova, Cedam, 1958, p. 93 e ss. Può essere interessante notare che la prima edizione di questo manuale del 1950 è preceduta da una premessa in cui l'autore confessa le difficoltà in cui è incorso per la scelta del titolo. Tra un diritto dei territori d'oltremare o un diritto dei territori non autonomi, per Quadri la cosa migliore da fare era « aspettare la pronuncia dell'organo competente ». Nel 2013 le Nazioni Unite riconoscevano ancora l'esistenza di 17 territori non autonomi (<http://www.un.org/en/decolonization/nonselvgovterritories.shtml>).

⁽¹¹⁾ U.N., A/Res., 66 (I) 14.12.1946. Con questa risoluzione l'Assemblea generale individuò 74 territori per i quali si prevedeva l'obbligo di trasmettere informazioni. L'invito di costituire « a special committee to examine the information transmitted under Article 73e of the Charter on the economic, social and educational conditions in the Non-Self-Governing Territories, and to submit reports thereon for the consideration

1949 l'Assemblea rivendicò inoltre il diritto di definire i criteri con cui individuare i territori per i quali vi era un obbligo di trasmettere informazioni ed affidò ad un primo Comitato speciale il compito di studiare gli elementi da prendere in considerazione per stabilire il grado di autogoverno da essi raggiunto (12). Nel 1952, poi, attribuì ad un secondo Comitato speciale il compito di stabilire se un determinato territorio potesse essere considerato *non-self-governing* e individuò i fattori che tale comitato avrebbe dovuto prendere in considerazione per stabilire se il territorio avesse raggiunto la piena autonomia, l'indipendenza o la libera associazione con la metropoli (13). Infine, con la Risoluzione 1541 (XV) del 1960, tornando ad enumerare i principi che avrebbero dovuto guidare i membri delle Nazioni Unite nella determinazione dei criteri relativi agli obblighi di trasmissione delle informazioni al Segretario Generale, ribadì definitivamente il carattere coloniale dei territori non autonomi e l'obbligo per gli Stati che ne avessero avuto la responsabilità di condurre quelle popolazioni verso l'autogoverno o l'indipendenza (14).

Diritti umani e pratiche coloniali, diritto collettivo di tutti i popoli all'autodeterminazione e condizione di soggezione cui conduceva la presenza straniera erano ormai incompatibili e l'indipendenza dei territori coloniali era finalmente inclusa tra gli obiettivi perseguibili anche da parte dei territori non autonomi. Allo stesso tempo, tuttavia, la *Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza ai paesi e ai popoli coloniali* (14.12.1960) e poi il *Patto internazionale*

of the General Assembly » è contenuto in U.N. A/Res., 146 (II), 3.11.1947; v. anche U.N., A/Res., 219 (III), 3.11.1948 e soprattutto U.N., A/Res., 332 (IV), 2.12.1949; un commento in VISMARA, *Le Nazioni Unite*, cit., pp. 195-242.

(12) U.N., A/Res. 334 (IV), 2.12.1949.

(13) U.N., A/Res., 567 (VI), 18.1.1952.

(14) Il principio IV della Res. 1541 (XV), identificava *prima facie* il territorio non autonomo con il territorio « geographically separate and distinct ethnically and or culturally from the country administering it ». Nel principio seguente si aggiungeva: « Once it has been established that such a *prima facie* case of geographical and ethnical or cultural distinctness of a territory exists, other elements may then be brought into consideration. These additional elements may be *inter alia*, of an administrative, political, juridical, economic or historical nature ». Ampiamente CRAWFORD, *The Creation of State*, cit., pp. 602-620; WILDE, *International Territorial Administration*, cit., pp. 154-161.

sui diritti politici (12.12.1966) continuavano a sovrapporre popoli e Stati e ad immaginare il diritto internazionale esclusivamente come un diritto interstatale, confinando tutte quelle collettività che non fossero state in grado di formare organizzazioni territoriali a carattere statale o che vivessero all'interno di Stati già costituiti nella categoria della minoranza (15).

2. *Genealogie testuali.*

Torniamo al 1945 e alla Carta delle Nazioni Unite. In essa troviamo infatti ulteriori conferme della dimensione coloniale in cui si origina e sviluppa la riflessione sul concetto di autonomia. Come è noto, i capitoli XII e XIII prevedono un sistema di amministrazione fiduciaria sotto il controllo delle Nazioni Unite per i territori sottoposti al regime dei mandati previsto dalla Società delle Nazioni, per i territori coloniali appartenenti prima della seconda guerra mondiale a Italia e Giappone e, infine, per quei territori che gli Stati responsabili della loro amministrazione hanno deciso di destinare a tale regime. Si tratta di una normativa che non solo disciplina in maniera molto più dettagliata i territori in amministrazione fiduciaria rispetto ai territori non autonomi, ma fa rientrare nella sacra missione dello Stato amministratore oltre al perseguimento di un generico progresso economico, politico e sociale delle popolazioni interessate, anche l'obiettivo di avviarle progressivamente verso « l'autonomia o l'indipendenza » (16). Allo stesso tempo i capitoli XII e XIII permettono di ricostruire le genealogie testuali che riconducono le soluzioni del '45 a quelle offerte alla fine della prima guerra mondiale dalla Società delle Nazioni e ad un passato coloniale ancora più remoto, ma difficile da superare (17).

(15) Cfr. James ANAYA, *Indigenous Populations in International Law*, (1996), 2. ed., Oxford, University Press, 2004; Bartolomé CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Fondo de cultura económica, 1994.

(16) Nella sterminata bibliografia v. per tutti Antonio CASSESE, *Self Determination of People. A Legal Reprisal*, Cambridge, University Press, 1995; e Jörg FISCH, *Das Selbstbestimmungsrecht der Völker. Die Domestizierung einer Illusion*, München, Beck, 2010.

(17) Giuliano FERRARI BRAVO, *San Francisco. Le origini del sistema coloniale delle Nazioni Unite*, Venezia, Marsilio, 1981.

Già nell'art. 22 del Patto della Società delle Nazioni (25.4.1919), infatti, il « sacro compito » di diffondere la civiltà oltre i confini dell'Occidente aveva permesso di individuare alcune nazioni che, in nome e per conto della Società, si facessero carico del benessere e dello sviluppo di quelle popolazioni « non ancora in grado di reggersi da sé, nelle condizioni particolarmente difficili del mondo moderno » (18). Per quei territori e per quelle popolazioni confinate nel tempo indefinito di un « non ancora » la Società aveva immaginato il sistema dei mandati, un regime speciale che avrebbe dovuto trasformare dei paesi coloniali in Stati sovrani e indipendenti. Esso, come è noto, affidava l'amministrazione di territori appartenenti all'impero ottomano (Mesopotamia, Siria, Libano e Palestina) e di ex colonie tedesche (Africa orientale tedesca, Togo, Camerun, Africa sud occidentale) e alcune isole del Pacifico (Caroline, Samoa, Marshall, Marianne, Nauru, Nuova Guinea) a « nazioni progredite, che grazie ai loro mezzi, alla loro esperienza e alla loro posizione geografica, potessero meglio assumere questa responsabilità e fossero disposte ad accettare tale incarico », e stabiliva che l'ingerenza negli affari interni dei territori affidati fosse inversamente commisurata al livello di civiltà, sviluppo, progresso raggiunto da quest'ultimi (19).

(18) THE LEAGUE OF NATIONS, *The Mandate System: Origin - Principles - Applications*, Geneva, League of Nations Publications, 1945. Una traduzione italiana del *Covenant* in <http://www.studiperlapace.it/documentazione/socnazioni.html>. Sulle ambiguità dell'art. 22 v. sempre Antony ANGHIE, *Imperialism Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, University Press, 2004, pp. 114-195; Nele MATZ, *Civilization and the Mandate System under the League of Nations as Origin of Trusteeship*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Armin von Bogdandy and Rüdiger Wolfrum eds., 9 (2005), pp. 47-95 e nella storiografia italiana la sintesi di Francesco TAMBURINI, *I mandati della società delle Nazioni. Un istituto controverso e dimenticato*, in « Africana », 2009, pp. 99-122.

(19) Sul sistema dei mandati Elihu LAUTERPACHT, *The Mandate under the International Law in the Covenant of the League of Nations*, (1922), trad. M. MacGlashan, in *International Law. Collected Papers*, E. Lauterpacht ed., vol. 3, *The Law of Peace*, Cambridge, University Press, 1977, pp. 29-84; Albert MILLOT, *Les mandats internationaux. Etude sur l'application de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations*, Paris, Larose, 1924; Giorgio BALLADORE PALLIERI, *I mandati della società delle Nazioni*, Torino, Bocca, 1928; Quincy WRIGHT, *Mandates under the League of Nations*, Chicago, University Press, 1930.

Civiltà e progresso continuavano quindi a costituire le fondamenta del discorso giuscoloniale dell'Occidente, separando e allo stesso tempo collegando *advanced nations* e *backward people*. Erano gli strumenti retorici che, dopo aver trasformato una conquista in una missione, permettevano alle potenze occidentali di definirne la forma istituzionale. Nell'estremo Oriente avevano imposto il principio dell'extraterritorialità; nell'impero ottomano prima avevano dilatato le ipotesi di intervento delle potenze europee, poi avevano condotto al suo smembramento; in Africa, da un lato, avevano significato libertà di commercio e abolizione della schiavitù, dall'altro avevano permesso di trasformare un intero continente in *res nullius*. Dopo la prima guerra mondiale, infine, gli stessi concetti, proiettando nell'ambito del diritto internazionale pubblico le categorie di tradizione romanistica del mandato e della tutela, e quella anglosassone del *trusteeship*, permisero alle grandi potenze di ricondurre i territori e le colonie per i quali l'impero ottomano (Trattato di Sèvres, 10.8.1920, art. 132; Trattato di Losanna, 24.7.1923, art. 16) e la Germania (Trattato di Versailles, 28.6.1919, art. 119) avevano rinunciato a tutti i loro diritti, in tre distinte categorie alle quali corrispondevano tre diverse forme di tutela e controllo⁽²⁰⁾.

Sebbene l'accordo raggiunto dalle potenze alleate avesse formalmente escluso l'annessione dei territori coloniali una volta ap-

(20) Ricostruiscono la figura del mandato internazionale attraverso un procedimento analogico con il mandato di diritto privato Alberto VALLINI, *I mandati internazionali della Società delle Nazioni*, Milano, Hoepli, 1923; e Augusto OLIVI, *L'istituto del mandato e i mandati della Società delle Nazioni (saggio di diritto internazionale)*, Modena, Ferraguti, 1939, che assume come punto di partenza la figura del mandato senza rappresentanza. Per la sua assimilazione alla figura del *trust* Lee CAMPBELL, *The Mandate for Mesopotamia and the Principle of Trusteeship in English Law*, The League Nation Union, 1921. LAUTERPACHT, *The Mandate*, cit., p. 65, riteneva invece « exaggerated and unnecessary » l'entusiasmo di coloro che avevano visto nel *trust* il modello dell'art. 22. Un articolo che introduceva a suo avviso un nuovo istituto, ma che era al contempo inserito saldamente nella tradizione romanistica p. 60 e ss. Cfr. sempre Quincy WRIGHT, *Mandates*, cit., p. 390 secondo il quale « we do not need to make a choice. Perhaps the very object of this new status was to assure protection to the interests of both the world at large as represented by the League and the mandated peoples, and while by application of the analogies the mandatory, tutor, or trustee has duties rather than rights, perhaps it was assumed that his actual if not his legal position would assure that his interests would not be entirely neglected ».

partenuti al *Reich* tedesco, le responsabilità di cui si facevano carico le potenze mandatarie, o più chiaramente i poteri che venivano loro riconosciuti dall'art. 22, consentirono di qualificare i territori dell'Africa centrale (mandati di tipo B) e dell'Africa sud occidentale e isole del Pacifico (mandati di tipo C) come possedimenti coloniali, autorizzando in quest'ultimo caso l'Unione sudafricana e i *Dominions* a considerarli parte integrante del loro territorio. I popoli, nella prima ipotesi, i territori, nella seconda, appaiono infatti sottoposti, « nel loro esclusivo interesse », all'amministrazione diretta delle potenze mandatarie. Nel caso dei mandati di tipo B, tuttavia, queste ultime erano tenute anche ad assicurare agli altri membri della Società un uguale trattamento per quel che atteneva ad attività economiche e scambi commerciali. I territori rientranti nei mandati di tipo C, invece, caratterizzati da « scarsa densità della popolazione », « piccola superficie », « lontananza dei centri abitati », dovevano considerarsi parte integrante dello Stato mandatario e conseguentemente erano sottoposti alla sua legislazione. Nella prassi, tuttavia, le differenze tra i mandati B e C tendevano a ridursi. Ne sono buon esempio i due mandati di tipo B conferiti dalla Società delle nazioni nel 1922 a Francia e Gran Bretagna ed aventi ad oggetto il protettorato tedesco sul Togo. Formalizzando l'accordo di divisione del Togo che le due potenze avevano preso ben otto anni prima, la Società attribuì loro la responsabilità di mantenere la pace, perseguire l'ordine e assicurare il buon governo di quei territori ⁽²¹⁾. Ciò avrebbe significato un impegno per la protezione dei nativi e dei loro interessi, la « considerazione » delle consuetudini e delle normative indigene nelle questioni aventi ad oggetto il territorio locale, la possibilità di costituire dei diritti reali su di esso solo con il consenso dei nativi, la libera circolazione di missionari e di cittadini degli altri Stati membri della Società e lo svolgimento in piena parità

(21) L'accordo era stato siglato il 30.8.1914 e ratificato il primo settembre successivo; v. Edgard ROUARD DE CARD, *Les mandats français sur le Togoland et le Cameroun*, Paris, Pedone, 1924, pp. 25-26; Laurent PECHOUX, *Le mandat français sur le Togo*, Paris, Pedone, 1939, pp. 33-43. Il 10 luglio 1919, a Londra, Francia ed Inghilterra precizarono il confine dei due mandati con una dichiarazione congiunta, in C. 449 M. 345. 1922. VI, Société des Nations, Genève, 1.8.1922, *Mandat français sur le Togo*, appendice, pp. 6-8.

delle loro attività imprenditoriali. Ma avrebbe anche attribuito ai mandatari pieni poteri amministrativi e legislativi nella gestione di uno spazio che, ripeto, rimaneva in ogni caso affidato alle leggi francesi e inglesi in quanto parte integrante del loro territorio. « La Puissance mandataire est, en conséquence, — continua l'art. 9 dei mandati francese ed inglese sul Togo — autorisée à appliquer aux régions soumises au mandat sa législation sous réserve des modifications exigées par les conditions locales, et à constituer ces territoires en union ou fédération douanières, fiscales ou administratives avec les territoires avoisinants, relevant de sa propre souveraineté ou placées sous son contrôle, à condition que les mesures adoptées à ces fins ne portent pas atteinte aux dispositions du présent mandat » (22).

Alla luce di questi brevi riferimenti normativi, quindi, è difficile affermare che le popolazioni indigene potessero ritenere ed esercitare un qualche frammento di sovranità e sostenere, di conseguenza, l'utilità di una indagine su una loro eventuale autonomia (23).

Appare più complesso, invece, il caso dei territori sottoposti prima della guerra alla sovranità dell'impero ottomano. Le ragioni sono diverse: innanzitutto perché non poche delle comunità stanziate in quella regione conosciuta nel XIX secolo come Grande Siria avevano goduto in modo e in tempi diversi di ampi margini di autonomia amministrativa. Si pensi in particolare al caso del Libano che dal 1861, con il sostegno di Francia, Prussia, Austria, Russia e Gran Bretagna, era stato affidato ad un governatore cristiano e dotato di un ordinamento autonomo (24). In secondo luogo l'oppor-

(22) *Mandat français sur le Togo*, cit., art. 9; C. 449 M. 345 1922 VI. Société des Nations, Genève, 1.8.1922, *Mandat britannique sur le Togo*, art. 9.

(23) « Quant aux communautés des peuples soumis au régime des mandats — ricordava Giulio DIENA, *Les mandats internationaux*, in Académie de droit international, *Recueil des cours*, IV, 1924, Leyden, Sijthoff, 1968, p. 238 — les seuls pour lesquelles on peut se demander si elles possèdent la souveraineté sur les territoires qu'elles habitent, sont celles visées au paragraphe 4 de l'article 22, qui sont l'objet des mandats du type A ».

(24) V. il protocollo firmato da Âli Paşa e i rappresentanti di Francia, Prussia, Gran Bretagna, Russia e Austria il 9.6.1861 (*The European Concert in the Eastern Question*, Thomas Erskine Holland ed., Oxford, Clarendon Press, 1885, pp. 210-11) che ratificava il regolamento redatto il 1.5.1861 e ne affidava l'entrata in vigore ad un firmano

tunità di un autonomo sviluppo dei territori appartenenti all'impero ottomano e il riconoscimento, se pur provvisorio, di una loro esistenza come nazioni indipendenti era stata riconosciuta, rispettivamente, da Wilson nel suo famoso discorso dei quattordici punti, e dall'art. 22, c. 4 del Patto della Società delle Nazioni.

Il presidente americano infatti, da un lato, aveva sostenuto la necessità di assicurare alla parte turca dell'impero una piena sovranità, dall'altro chiedeva che « the other nationalities which are now under Turkish rule should be assured an undoubted security of life and an absolutely unmolested opportunity of autonomous development »⁽²⁵⁾.

« Alcune comunità che appartenevano prima all'Impero turco — si legge invece nell'articolo 22 c. 4 — hanno raggiunto un grado di sviluppo tale che la loro esistenza come nazioni indipendenti può essere provvisoriamente riconosciuta, salvo il consiglio e l'assistenza amministrativa di una Potenza mandataria, finché non saranno in grado di reggersi da sé ». Anche in questo caso, tuttavia, le ambiguità non furono poche e rendono difficile qualificare come nazioni indipendenti le diverse comunità mediorientali prima stanziate nei territori dell'impero ottomano.

Rimasto inattuato il progetto di una federazione di Stati arabi sotto la « suzerainty of an Arab Chief », previsto dall'accordo

imperiale, e soprattutto v. il regolamento del 6.9.1864 (ivi, pp. 212-218). In esso si legge (art. 1) « Le Liban sera administré par un Gouverneur chrétien, nommé par la Sublime Porte et relevant d'Elle directement. Ce fonctionnaire amovible sera investi de toutes les attributions du pouvoir exécutif, veillera au maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans toute l'étendue de la Montagne, percevra les impôts et nommera, sous sa responsabilité, en vertu du pouvoir qu'il recevra de Sa Majesté Impériale le Sultan, les agents administratifs; il instituera les juges, convoquera et présidera le Medijlis administratif central, et procurera l'exécution de toutes les sentences légalement rendues par les tribunaux, sauf les révisions prévues par l'art. VIII ». Sullo speciale regime amministrativo libanese, rinvio a Engin Deniz AKARLI, *The Administrative Council of Mount Lebanon*; in *Lebanon: a History of Conflict and Consensus*, Nadim Shehadi, Dana Haffar Mills eds., London, Tauris, 1988, pp. 79-100; poi confluito e sviluppato in Id., *Long Peace: Ottoman Lebanon 1861-1920*, Berkeley, University of California Press, 1993.

⁽²⁵⁾ Woodrow WILSON, *Speech US Congress Joint Session*, January 8 1918, http://en.wikisource.org/wiki/The_Conditions_Of_Peace; sulla relazione tra il discorso di Wilson e il Patto della Società delle Nazioni v. Walther SCHÜCKING, Hans WEHBERG, *Die Satzung des Völkerbundes* (1921), 3. Aufl., Berlin, Vahlen, 1931, Bd. 1, p. 21 e ss.

franco-inglese Sykes-Picot del 16 maggio 1916 ⁽²⁶⁾, il Consiglio supremo delle potenze alleate, quattro anni più tardi, nella conferenza di Sanremo, dispose di affidare l'amministrazione dei territori sottratti all'impero ottomano alla fine della guerra, e in parte già occupati o controllati da Francia e Gran Bretagna, all'amministrazione di una potenza mandataria. Il Trattato di pace di Sèvres confermò le decisioni prese a Sanremo e nell'art. 94, richiamando il comma 4 dell'art. 22 dello Statuto della Società delle Nazioni, riconobbe solo « provvisoriamente » l'indipendenza di Siria e Mesopotamia e ne subordinò il riconoscimento al fatto che il loro governo si fosse giovato dell'assistenza e del sostegno amministrativo di una potenza mandataria fino a quando non fossero state in grado di reggersi da sé ⁽²⁷⁾. L'articolo non è chiaro, come non è chiara la matrice da cui si origina. Per molti anni, infatti, la dottrina giuridica si sforzò di individuare a chi fosse attribuita la sovranità dei territori sottoposti a mandato. Le soluzioni prospettate furono diverse ma, nonostante i distinguo e le sottodistinzioni, i candidati possibili non potevano essere che tre: le potenze mandatarie, le comunità locali, la Società delle Nazioni ⁽²⁸⁾.

Nel caso in esame, tuttavia, il quadro era ancora più comples-

⁽²⁶⁾ Sykes Picot Agreement, 16.5. 1916, art. 1, <http://unispal.un.org/unispal.nsf/3d14c9e5cdaa296d85256cbf005aa3eb/232358bacbeb7b55852571100078477c?OpenDocument>

⁽²⁷⁾ Il testo può leggersi in traduzione italiana in Amedeo GIANNINI, *Documenti per la Storia della Pace Orientale (1915-1932)*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1933, p. 45. Come è noto il Trattato di Sèvres non venne mai ratificato dalla Turchia. Un nuovo accordo fu firmato a Losanna il 24.7.1923. Con riferimento ai territori appartenenti prima della guerra alla Turchia, l'articolo 16 del Trattato di Losanna disponeva: « Turkey hereby renounces all rights and title whatsoever over or respecting the territories situated outside the frontiers laid down in the present Treaty and the islands other than those over which her sovereignty is recognised by the said Treaty, the future of these territories and islands being settled or to be settled by the parties concerned », in http://wwi.lib.byu.edu/index.php/Treaty_of_Lausanne. Utili spunti per una comparazione tra i mandati francesi e inglesi di tipo A nei saggi raccolti da Nadine Méouchy, Peter Sluglett (eds.), *The British and French Mandates in Comparative Perspectives*, Leiden, Brill, 2004, in part. Peter SLUGLETT, *Les mandats/ the mandates: Some reflections on the nature of the British presence in Iraq (1914-1932) and the French presence in Syria (1918-1946)*, pp. 103-127; e David Kenneth FIELDHOUSE, *Western Imperialism in the Middle East, 1914-195*, Oxford, University Press, 2006.

⁽²⁸⁾ Cfr. per tutti WRIGHT, *Mandates*, cit., pp. 324-44.

so. Sovranità e indipendenza nel comma 4 dell'art 22 non sembravano più due concetti imprescindibilmente collegati l'uno con l'altro e ponevano gli internazionalisti di fronte alla possibilità, da un lato, che il principio di indivisibilità ed esclusività della sovranità potesse subire temperamenti, dall'altro che fosse possibile l'esistenza di Stati indipendenti ma non sovrani. Nel tentativo di sciogliere questo paradosso Giulio Diena ritenne che nei mandati di tipo A non ci si trovasse di fronte ad un riconoscimento, se pur provvisorio, di indipendenza, ma ad un riconoscimento di indipendenza sottoposto alla condizione sospensiva che quelle popolazioni avessero raggiunto un livello di civiltà tale da permettere loro di reggersi senza la tutela di una potenza mandataria. Fino ad allora, ricordava il giurista italiano, non sarebbe stato possibile riconoscere loro una « sovranità completa » o « una piena sovranità » ⁽²⁹⁾.

Per la Palestina, invece, il discorso è diverso. Il Trattato di Sèvres non parlava esplicitamente di indipendenza, ma prevedeva che la sua amministrazione fosse affidata ad un mandatario al quale attribuire anche la responsabilità dell'esecuzione della Dichiarazione Balfour del 2.11.1917, relativa all'individuazione di una « sede nazionale » per il popolo ebraico. Ciò sarebbe dovuto avvenire « senza

(29) DIENA, *Les mandats internationaux*, cit., p. 239. Diena riprende le osservazioni di Campbell Lee, *The Mandate for Mesopotamia*, cit., p. 19 secondo cui « no Mandatory acting on behalf of the League possesses Sovereign powers in the capacity of Mandatory. A Mandatory, however, may conceivably possess as such what corresponds to the legal estate of a trustee in private law, subject always to the unqualified right of intervention by the League of Nations. I suggest that the sovereignty of a Mandated area is in suspense pending the creation of a new State, pending the time when the people are able to stand alone. Legal dominion would vest in the Mandatory until the Mandate is fulfilled, until the beneficiary assumes the trust. I do not see how the League of Nations can possess sovereignty in its present state of development, but it is highly probable that from the view-point of International Law the proper conclusion is that the Allied Powers, by creating the Mandatory system, have placed the sovereignty of all Mandated areas in suspense during the operation of the respective Mandates. The important and practical consideration is that the Mandatory must possess legal dominion. This is conferred on him by his selection as a Mandatory and by the approval of his Majidate by the Council of the League. So long as he fulfils an unrevoked Mandate, he has legal dominion within the compass of his powers. He has no rights of sovereignty beyond this limit. Full sovereignty will come in due time to the territory, but only when its people assume the dignity of an independent State ».

pregiudicare i diritti civili e religiosi delle comunità non israelite in Palestina, o i diritti e lo statuto politico di cui gli Israeliti godono in qualsiasi altro paese » (art. 95) ⁽³⁰⁾.

Il 24 luglio del 1922 la Società delle Nazioni approvò le singole *mandate charters* con cui venivano definiti contenuto, obiettivi e limiti del mandato francese sulla Siria e sul Libano e del mandato inglese sulla Palestina. Per quanto riguarda la Mesopotamia, invece, i violenti scontri che accompagnarono la politica inglese di ridefinizione geografica ed etnica dell'Iraq, costrinsero la Gran Bretagna a rinunciare al mandato, assunto pubblicamente nella Conferenza di Sanremo del 1920, e ad affidare ad un trattato di alleanza, stipulato con il governo iracheno il 10 ottobre del 1922, la difesa dei suoi interessi ⁽³¹⁾. La Gran Bretagna riconosceva la sovranità irachena e

⁽³⁰⁾ Il testo finale della *Balfour Declaration* disponeva: « His Majesty's Government view with favour the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people and will use their best endeavours to facilitate the achievement of this object, it being clearly understood that nothing shall be done which may prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country », in Leonard STEIN, *The Balfour Declaration*, London, Vallentine-Mitchell, 1961, p. 664. Cfr. James RENTON, *Flawed Foundations: The Balfour Declaration and the Palestine Mandate*, in Rory MILLER, *Britain, Palestine and Empire: The Mandate Years*, London, Ashgate, 2010, pp. 15-37; Jonathan SCHNEER, *The Balfour Declaration: The Origins of the Arab-Israeli conflict*, New York, Random House, 2010.

⁽³¹⁾ Treaty between his Britannic Majesty and His Majesty The King of Irak, Bagdad, 10.10.1922, ed. in WRIGHT, *Mandates*, cit., pp. 595-600. Il trattato fu ratificato quasi due anni più tardi, il 10 giugno 1924. Il trattato, *ex* articolo 18, sarebbe dovuto rimanere in vigore per venti anni. L'anno successivo con uno specifico protocollo (30.4.1923, ratificato il 19.12.1924) si stabilì invece che il trattato avrebbe cessato di produrre i suoi effetti non appena l'Iraq fosse entrato nella Società delle Nazioni o comunque non oltre quattro anni dalla firma del Trattato di pace con la Turchia. Il 13.1.1926 un nuovo trattato abrogò il protocollo e portò a venticinque anni (a partire dal 16.12.1925, data della risoluzione del Consiglio delle Nazioni relativa alla definizione del confine turco-iracheno e alla protezione della popolazione curda, art. 1, *Great Britain Treaty Series*, n. 10, 1926) il termine entro cui il Trattato del 1922 sarebbe stato valido. L'accordo del 1926 fu approvato dal parlamento inglese e dal senato iracheno il 2 marzo e nove giorni più tardi dal Consiglio delle Nazioni cui la Gran Bretagna lo aveva sottoposto. I negoziati tra i due paesi continuarono anche nel 1927 (Londra, 14.12.1927), quando fu approntato un nuovo accordo (ma mai entrato in vigore) rivolto a limitare il controllo anglosassone. Terminarono tre anni più tardi con il Trattato anglo-iracheno di Baghdad del 30 giugno 1930 (*Great Britain Treaty Series*, n. 15, 1931). La Commissione

si impegnava a promuovere l'ingresso dell'Iraq nella Società delle Nazioni ⁽³²⁾. Al contempo il trattato e i numerosi accordi finanziari, giuridici, e militari che lo accompagnarono le permisero di continuare a godere dei privilegi originariamente previsti dal mandato, continuando a controllare le principali attività economiche e a indirizzare le decisioni del governo iracheno attraverso ambasciatori e consiglieri ben oltre l'indipendenza raggiunta dall'Iraq e il suo ingresso nella società delle Nazioni ⁽³³⁾.

Cosa dicono invece i mandati approvati dalla Società delle nazioni? Quali autonomie riconoscono alle comunità locali? Quali limiti incontra l'esercizio di un potere sovrano sul loro territorio?

Nel caso della Palestina gli obblighi connessi all'individuazione di una « national home » per la popolazione di religione ebraica, l'attribuzione alla Gran Bretagna dei pieni poteri amministrativi e legislativi così come di tutte le relazioni internazionali, la sua responsabilità per il buon funzionamento del sistema giudiziale, svuotavano l'impegno di promuovere l'autonomia locale che la stessa potenza europea aveva assunto, « so far as circumstances permit ». Allo stesso tempo permettevano di affidare all'Amministrazione della Palestina la redazione di una legge sulla cittadinanza e il compito di organizzare, su base volontaria ma sempre sotto la sorveglianza della Gran Bretagna, le forze necessarie per mantenere la pace, l'ordine e

per i mandati delle Società delle nazioni approvò il trattato nel 1931 e nel 1932 l'Iraq ottenne l'indipendenza.

⁽³²⁾ Treaty between his Britannic Majesty and His Majesty The King of Irak, cit., art. 1: « At the request of His Majesty the King of Irak, His Britannic Majesty undertakes subject to the provisions of this treaty to provide the State of Irak with such advice and assistance as may be required during the period of the present treaty, without prejudice to her national sovereignty. His Britannic Majesty shall be represented in Irak by an High Commissioner and Consul-General assisted by the necessary staff ». Gli accordi cui si fa riferimento nel testo sono il *British Officials Agreement*, il *Military Agreement*, il *Judicial Agreement* e il *Financial Agreement*. Tutti furono firmati il 25 marzo 1924 e ratificati il 19 dicembre del 1924 (*Great Britain Treaty Series*, n. 17, 1925, rispettivamente p. 9, 27; 34; 37).

⁽³³⁾ Diffusamente Peter SLUGLETT, *Britain in Iraq. Contriving King and Country*, London-New York, Tauris, 2007, pp. 65-160; FIELDHOUSE, *Western Imperialism in the Middle East*, cit., pp. 80-107. Toby DODGE, *Inventing Iraq. The Failure of Nation Building and a History Denied*, New York, Columbia University Press, 2003, pp. 5-41.

la difesa del paese ⁽³⁴⁾. *The Palestine Order in Council* del 1922, cioè il decreto emanato dalla regina di Inghilterra sulla costituzione della Palestina, rende però il quadro più chiaro e impedisce di far rientrare gli obblighi assunti dall'Inghilterra nei generici doveri di assistenza previsti dall'articolo 22 per i mandati di tipo A. Gli enormi poteri dell'alto commissario, governatore di nomina regia e responsabile solo verso la Corona, le eccezioni introdotte a tutela del convenuto occidentale, la persistenza della giurisdizione consolare e infine la previsione contenuta nell'ultimo articolo della costituzione che riservava a Sua Maestà il diritto di emanare di volta in volta le leggi e i regolamenti che le fossero sembrati necessari per assicurare pace ordine e buon governo, in conformità ai doveri contenuti nel mandato, svuotavano di senso l'attribuzione dei poteri legislativi ad un *Legislative Council* locale, impedivano qualunque rivendicazione di autonomia della magistratura palestinese e permettevano ai giuristi del tempo di assimilare il caso della Palestina ad un protettorato o di vedere in esso un « intermediate step » tra i mandati di tipo A e B ⁽³⁵⁾.

In Siria il quadro era ancora più complicato perché, separato il Libano e fattone l'oggetto di un apposito mandato, tra il 1920 e il 1924 fu introdotto un regime speciale per il Sangiaccato di Alessandretta (nel 1939 annesso alla Turchia, dopo essere stata una repub-

⁽³⁴⁾ C. 529. M. 314. 1922. VI, SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Mandate for Palestine*, London, 24.7.1922. L'art. 25 del Mandato per la Palestina riservava alla Gran Bretagna « in the territories lying between the Jordan and the eastern boundary of Palestine as ultimately determined » e « with the consent of the Council of the League of Nations » il diritto « to postpone or withhold application of such provisions of this mandate as he may consider inapplicable to the existing local conditions, and to make such provision for the administration of the territories as he may consider suitable to those conditions » (<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/2FCA2C68106F11AB05256BCF007BF3CB>). L'articolo rese possibile la costituzione di un mandato sulla Transgiordania, approvato dal Consiglio delle Nazioni Unite il 23.9.1922. Sul mandato per la Palestina v. sempre Jakob STOYANOVSKI, *The Mandate for Palestine*, London, Longmans, 1928; Bernard WASSERSTEIN, *The British in Palestine. The Mandatory Government & the Arab-Jewish Conflict 1917-1929* (1978), 2. ed., Oxford, Blackwell, 1991; particolarmente interessante tra la storiografia più recente John QUIGLEY, *The Statehood of Palestine. International Law in Middle East Conflict*, Cambridge, University Press, 2010, p. 52 e ss.

⁽³⁵⁾ *The Palestine Order in Council*, 1.8.1922, edito in STOYANOVSKI, *The Mandate for Palestine*, cit., pp. 363-382.

blica in seguito all'accordo franco-turco del 1937) e furono riconosciuti come governi autonomi il Gebel Druso (Stato autonomo nel 1930, annesso alla Siria nel 1937) e il territorio degli Alawiti (Stato autonomo nel 1924, annesso alla Siria nel 1937), mentre i territori di Damasco e Aleppo furono riuniti in unico Stato (5.12.1924) ⁽³⁶⁾.

Non solo. La Francia, cui il mandato era stato attribuito, si impegnava a promuovere le autonomie locali, a favorire lo sviluppo di Siria e Libano come Stati indipendenti e a emanare, in accordo con le autorità locali e nel rispetto degli interessi e desideri delle popolazioni locali, uno «statuto organico». Allo stesso tempo rimaneva affidata alla sua competenza la disciplina di materie che avrebbero dovuto essere oggetto di tale legge. Il mandato, infatti, conferiva pieni poteri amministrativi e legislativi alla potenza mandataria, consegnava a quest'ultima il compito di gestire le relazioni internazionali dei due paesi, di garantire la loro unità territoriale e di introdurre un sistema giuridico in grado di assicurare a nativi e stranieri la tutela dei propri diritti.

Le stesse costituzioni di Libano e Siria poi non potevano prescindere dall'impegno che la Francia aveva assunto nei loro confronti. La costituzione del Libano del 1926 continuava infatti a riconoscere le competenze francesi nella gestione delle proprie relazioni internazionali (artt. 91; 92; 93; 94) e soprattutto ribadiva che i poteri previsti dalla costituzione si sarebbero dovuti esercitare nel rispetto dei diritti e dei doveri della potenza mandataria, così come risultano dall'art. 22 del Patto delle Società delle Nazioni Unite e dai rispettivi mandati (art. 89) ⁽³⁷⁾. In maniera non dissimile la costituzione siriana, promulgata dall'alto commissario Henri Ponsot il 14 maggio del 1930, aggiungeva una disposizione transitoria in

⁽³⁶⁾ Ancora utile Amedeo GIANNINI, *La costituzione degli Stati del Vicino Oriente*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1931, p. 196 e ss.; di cui v. anche *Documenti per la storia della pace orientale (1915-1932)*, Roma, Istituto per l'Oriente, 1933; v. anche Jean David MIZRAHI, *La France et sa politique de mandat en Syrie et au Liban (1920-1939)*, in Nadine MÉOUCHY, *France, Syrie et Liban 1918-1946*, pp. 35-71; cfr. anche Peter A. SHAMBROOK, *French Imperialism in Syria 1927-1936*, London, Ithaca, 1998.

⁽³⁷⁾ Gli articoli cui si fa riferimento nel testo costituiscono il titolo V della Costituzione del 23.5.1926 del Libano, dedicato ai rapporti con la potenza mandataria e la Società delle Nazioni. Il testo è facilmente reperibile in <http://mjp.univ-perp.fr/constit/lb1926.htm>; v. FIELDHOUSE, *Western Imperialism*, cit., p. 317 e ss.

cui con molta chiarezza si precisava che nessuno dei suoi articoli poteva essere letto in opposizione alle obbligazioni assunte dalla Francia verso la Società delle Nazioni e in particolar modo a quelle concernenti ordine, sicurezza, difesa e relazioni internazionali. Inoltre, per tutta la durata del mandato le disposizioni contenute nel testo non avrebbero potuto derogare alle obbligazioni internazionali assunte dalla Francia se non nei modi e nei termini stabiliti da apposite convenzioni tra i due governi (art. 116) ⁽³⁸⁾.

Per chi come Jean Lapierre commentava la politica dei mandati all'inizio degli anni Trenta dalle pagine della *Revue générale de droit international public*, altre soluzioni non erano possibili. Gli Stati nati dalla dissoluzione dell'impero ottomano, « retardés dans leur développement politique et social par la domination turque, sont comme de jeunes pousses pressées de fleurir après un long hiver ». Dunque, avevano bisogno di tempo e di aiuto. « Il leur faudra du temps — continuava il giurista francese — pour s'acclimater, pour s'harmoniser, dans l'âme populaire avec les idées, les tendances, les résignations et les impulsions qui sont le legs d'une longue servitude; il leur faudra du temps, de la bonne volonté et de sages conseils. C'est là surtout qu'apparaît le rôle éducateur du Mandat » ⁽³⁹⁾. Nel lungo e incerto cammino verso l'indipendenza se Iraq, Palestina, Siria e Libano avevano conquistato in modo e tempi diversi qualche forma di controllo sul loro territorio o di autonomia nella gestione degli affari interni, rimanevano sottoposti alla sguardo attento e disciplinante dei propri tutori. Autonomi (ma fino ad un certo punto) perché territori mai completamente indipendenti, essi non solo ci permettono di ricondurre il concetto di autonomia al rapporto tra Stato, territorio e sovranità da cui siamo partiti, ma di ripensarlo anche all'interno di uno spazio — quello dell'ex impero ottomano — particolarmente interessante perché in grado, a mio avviso, di lasciar emergere la relazione di tale concetto con forme diverse, semicoloniali, di sovranità.

⁽³⁸⁾ <http://mjp.univ-perp.fr/constit/sy1930.htm>.

⁽³⁹⁾ Jean Lapierre, *Le statut organique des Etats du Levant*, in « *Revue générale de droit international public* », 37 (1930), 4, p. 667; p. 669.

3. *Un modello per l'autonomia?*

Guardando al diritto internazionale da una prospettiva spaziale è possibile sostenere che ancora negli anni successivi alla prima guerra mondiale i suoi legittimi produttori rimanevano gli Stati occidentali e che lo stesso diritto internazionale continuava a fondarsi sulle relazioni tra Stati che si riconoscevano l'un l'altro come soggetti pienamente sovrani. Da un lato la sovranità era un elemento necessario dello Stato, dall'altro essa poteva essere pensata solo in connessione con un territorio e con la popolazione in esso stanziata. Come la dottrina giuridica tedesca aveva sottolineato nella seconda metà del XIX secolo, il popolo si identificava con lo Stato, la sua esistenza istituzionale era possibile solo all'interno dello Stato e come oggetto del suo *imperium*. Allo stesso tempo il territorio esisteva come elemento di qualificazione spaziale della sovranità dello Stato e, specularmente, lo Stato non poteva essere pensato senza un territorio all'interno del quale esercitare il proprio potere in modo pieno ed esclusivo (40).

Ma se la sovranità, scriveva Bluntschli nel suo manuale di diritto internazionale, una volta applicata al territorio dello Stato poteva essere definita sovranità territoriale (*Gebietshoheit*), che tipo di diritto aveva lo Stato sul suo territorio? Quale relazione legava Stato e territorio?

Influenzati dal progetto di rinnovamento metodologico di Savigny e protagonisti del progetto di costruzione dello Stato tedesco da una prospettiva organicista, giuristi come Bluntschli, Gerber e successivamente Laband non ebbero dubbi: il territorio era un elemento essenziale per la vita dello Stato, ma era anche l'oggetto di un *staatsrechtlichen Staatsrechts* (41). «Die Gebietshoheit gehört dem öffentlichen, wie das Eigentum dem Privatrecht an», e lo Stato, così come è previsto dal diritto di proprietà secondo il diritto

(40) LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., p. 172; Georg JELLINEK *Allgemeine Staatslehre* (1900), 3. Aufl., 1928, Aalen, Scientia, 1966, pp. 355-358; cfr. sempre Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979; Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, Bd. 2, 1989.

(41) Carl Friedrich GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1865, p. 66; LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., p. 164.

privato, doveva avere il pieno ed esclusivo *dominium* sul proprio territorio ⁽⁴²⁾.

Non mancarono, tuttavia, le voci critiche. Giusto due anni dopo la pubblicazione dei *Grundzüge* di Gerber, Carl Victor von Fricker, in una prolusione tenuta all'Università di Tubinga in onore di Karl von Württemberg, affermò che « alle Vorstellungen von einer Rolle des Staatsgebiets als sachlichen Objects des Staates sind falsch oder schief » ⁽⁴³⁾. Secondo Fricker ogni analogia con il diritto privato non era più possibile. La relazione tra cosa e proprietario era completamente differente tra quella tra territorio e Stato. L'*imperium* dello Stato non era una proiezione del concetto di *dominium* nel campo del diritto pubblico e quindi era profondamente erroneo considerare il territorio come una cosa sulla quale lo Stato possedesse un diritto reale. Se infatti il territorio era un elemento necessario dello Stato, non poteva essere al contempo anche un suo oggetto. Il territorio si identificava con lo Stato ed identificandosi con lo Stato, da un lato, qualificava spazialmente la sfera della sovranità statale, dall'altro permetteva sia la sovrapposizione tra Stato e popolo, sia l'esercizio del suo *imperium* sulle persone che vivevano all'interno dei suoi confini. Il territorio, scrisse Fricker, è « ein Moment im Wesen des Staats, seine räumliche Undurchdringlichkeit » ⁽⁴⁴⁾.

La teoria di Fricker ebbe successo. In Germania, nonostante le critiche degli internazionalisti sedotti dal positivismo ed intolleranti nei confronti dell'organicismo della vecchia *Staatslehre*, fu ripresa e sviluppata da *stars* del diritto pubblico come Preuss e Jellinek. In Italia, invece, fu utilizzata da Santi Romano nel processo di trasformazione dello Stato liberale in Stato amministrativo ⁽⁴⁵⁾. Non posso ricostruire il ricco dibattito dottrinale tedesco ed italiano sul rapporto tra Stato e territorio, e del resto si tratterebbe di un compito

⁽⁴²⁾ Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, Beck, 1868, p. 164.

⁽⁴³⁾ Carl Victor von FRICKER, *Vom Staatsgebiet*, Tübingen, Ludwig Friedrich Fues, 1867, p. 17.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁵⁾ Ha sottolineato l'importanza di Fricker, Alessandra DI MARTINO, *Il territorio dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 191-194.

che sfugge agli obiettivi di questo articolo. Le brevi riflessioni formulate nelle pagine precedenti sono però utili nell'analisi del processo di costruzione e rappresentazione degli spazi non occidentali e possono essere impiegate in particolare per comprendere il rapporto tra Stato e sovranità nell'impero ottomano e la sua relazione con il concetto di autonomia.

Collegare sovranità, territorio e sudditi permise agli internazionalisti del XIX secolo di rappresentare lo Stato come uno spazio omogeneo e pacificato e, allo stesso tempo, consentì loro di utilizzare quell'immagine come filtro per guardare le soggettività politiche non occidentali e per valutarne il livello di civiltà.

Il processo di valutazione si svolgeva su due livelli, internazionale e locale. Nel primo caso il candidato doveva soddisfare il principio di reciprocità, conformando le proprie azioni alle leggi e alle pratiche della comunità internazionale (occidentale). Nel secondo caso un sufficiente livello di civilizzazione richiedeva il pieno esercizio di un potere sovrano sul proprio territorio e sui propri sudditi, l'abolizione della schiavitù e la garanzia che anche gli stranieri potessero godere di alcuni diritti fondamentali (in particolare il diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà).

Nel rispetto di questi criteri gli internazionalisti occidentali considerarono gli Stati orientali non completamente civilizzati e si rifiutarono di riconoscerli come soggetti di diritto internazionale. La loro arretratezza, dovuta innanzitutto a ragioni storiche, sembrava ancora all'inizio del XX secolo insuperabile. Il diritto internazionale, ricordava Lassa Oppenheim, un giurista non sospettabile di simpatie giusnaturaliste, era il prodotto della civiltà cristiana e i suoi obiettivi potevano conseguirsi grazie al senso di fratellanza ispirato dalla cristianità ⁽⁴⁶⁾. E proprio la mancanza di questo sentimento aveva portato le popolazioni orientali all'isolamento e al rifiuto dell'Altro, rendendo la distanza e le differenze con il mondo occidentale sempre più profonde ⁽⁴⁷⁾. Un *transfer* generale del sistema giuridico

⁽⁴⁶⁾ Lassa OPPENHEIM, *International Law. A Treatise*, vol. 1 *Peace*, London, New York, Toronto, Longmans, Green and Co., 1905, p. 44.

⁽⁴⁷⁾ David Dudley FIELD, *De la possibilité d'appliquer le droit international européen aux nations Orientales*, in « *Revue du droit international et de législation comparée* », 7 (1875), pp. 659-668.

occidentale, dunque, non solo appariva impraticabile, ma non si sarebbe potuto realizzare in modo uniforme in tutti gli Stati del Vicino e Lontano Oriente. A causa delle profonde differenze tra ciascuno Stato, infatti, la costruzione delle relazioni internazionali su un piano di perfetta eguaglianza e reciprocità doveva essere sottoposta ad un'attenta valutazione del *welfare*, del sistema legislativo e giudiziale, delle forme di governo, della religione (48).

Che fare dunque?

Sul piano teorico gli internazionalisti riscoprirono il vecchio diritto naturale fondato sui principi universali dell'Occidente cristiano. Chiedendo come condizione minima di accesso il solo requisito dell'umanità, esso possedeva ancora una dimensione universale sconosciuta al diritto positivo internazionale e appariva in grado di ricomporre all'interno di un unico ordine giuridico le differenze che cristianità e civilizzazione continuavano a produrre. « Ein solches Recht damit — scrisse Fyodor Fyodorovich Martens in un capitolo del suo manuale significativamente intitolato *Geltungsgebiet des Völkerrechts* — es auf den Verkehr mit uncultivirten Völkerschaften angewandt werden könne, setzt klärlich weder Solidarität der Interessen, noch Bewusstsein der Verkehrsnothwendigkeit voraus und ist folglich nicht mit dem positiven Völkerrecht identisch. Schliesslich unterliegt es gar keinem Zweifel, dass die civilisirten Staaten den Völkern von niederer Bildung in der Erfüllung der einmal übernommenen Verpflichtungen mit guten Beispiel voranzugehen haben » (49).

Allo stesso tempo, con un 'piccolo aiuto' dalla diplomazia, gli internazionalisti trovarono nel diritto consolare il migliore strumento per proteggere gli interessi economici occidentali e per riterritorializzare lo spazio orientale senza mettere in discussione l'immagine ormai consolidata di un diritto internazionale positivo.

(48) A. KRAUEL, *Applicabilité du droit des gens européen à la Chine*, in « Revue du droit international et de législation comparée », 9 (1877), pp. 387-401. Per una ricostruzione del dibattito sull'applicabilità del diritto internazionale in Oriente rinvio a NUZZO, *Origini di una Scienza*, cit., pp. 202-221.

(49) Fyodor FYODOROVICH MARTENS, *Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen systematisch dargestellt* (1881), trad. tedesca C. Bergbohm, Berlin, Weidmann, Bd. 1, 1883, p. 182.

Il famoso Trattato tra Turchia e potenze occidentali, siglato a Parigi nel 1856 al termine della guerra di Crimea, costituisce un buon esempio. Come è noto, con questo accordo l'impero ottomano venne ammesso a godere « dei benefici del diritto pubblico europeo » e fu incluso nel concerto europeo. Per contro le potenze firmatarie si impegnarono a « rispettarne » l'integrità territoriale⁽⁵⁰⁾. Dopo molte incertezze, dovute all'influenza perdurante dei paradigmi interpretativi proposti dalla dottrina giuridica del XIX e XX secolo, la storiografia più recente ha escluso che a Parigi si sia assistito per la prima volta al superamento del vecchio diritto internazionale cristiano e alla fondazione di un diritto internazionale universale fondato sull'idea di civilizzazione e aperto alla partecipazione di uno Stato musulmano⁽⁵¹⁾. La Turchia faceva parte del sistema politico europeo, ma il diverso livello di civiltà e le differenze religiose la escludevano dal circolo selezionato dei legittimi produttori del diritto internazionale e giustificavano, nei suoi riguardi, la sospensione dei principi fondamentali di quel diritto. La necessità di proteggere le minoranze cristiane, l'impossibilità di abbandonare i cittadini occidentali all'arbitrio delle magistrature ottomane legittimavano la compressione della sua sovranità e l'introduzione di un regime giuridico che gli internazionalisti non esitarono a definire eccezionale. Si trattava di una situazione paradossale: universalismo e umanitarismo spingevano i giuristi a desiderare l'applicazione del

⁽⁵⁰⁾ *Traité de Paix signé à Paris le 30 mars 1856*, Turin, Imprimerie Royale, 1856, art. 7: « Sa Majesté l'Empereur des Français, Sa Majesté l'Empereur d'Autriche, Sa Majesté la Reine du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande, Sa Majesté le Roi de Prusse, Sa Majesté l'Empereur de toutes les Russies et Sa Majesté le Roi de Sardaigne déclarent la sublime Porte admises à participer aux avantages du droit public et du concert européen. Leurs Majestés s'engagent, chacune de son côté, à respecter l'indépendance et l'intégrité territoriale de l'Empire Ottoman, garantissent en commun la stricte observation de cet engagement, et considéreront, en conséquence, tout acte de nature à y porter atteinte comme une question d'intérêt général ».

⁽⁵¹⁾ Yasuaki ONUMA, *When was the Law of International Society Born?*, in « Journal of the History of International Law », 2 (2000), pp. 1-73; NUZZO, *Origini di una scienza*, cit., pp. 52-66; 61-77; e ora ampiamente ELIANA AUGUSTI, *Questioni d'Oriente. Europa e Impero ottomano nel diritto internazionale dell'Ottocento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. Con particolare attenzione ai profili diplomatici, v. MATTHIAS SCHULZ, *Normen und Praxis. Das europäische Konzert der Großmächte als Sicherheitsrat 1815-1860*, München, Oldenburg, 2009, pp. 341-360.

diritto internazionale oltre i confini dell'Occidente, ma imponevano loro anche di limitare la sovranità interna degli Stati orientali per la difesa degli interessi economici occidentali e delle minoranze cristiane. Ciò permetteva, nel primo caso, l'applicazione del diritto consolare e, nel secondo, un intervento militare. In entrambi i casi però si trattava di una risposta eccezionale e in entrambi i casi la vittima era la stessa: il principio di sovranità territoriale. Il deficit di cristianità (e quindi di civiltà) che segnava la vita giuridica e politica della Turchia imponeva ai diplomatici e agli internazionalisti di rompere la relazione tra sovranità, territorio e sudditi e rendeva possibile che all'interno dell'impero vi fossero territori e sudditi sottratti alla sua potestà. Fuori dai confini della cristianità, il principio di sovranità territoriale perdeva di intensità, creando autonomie politiche ed amministrative e permettendo che « l'intégrité territoriale de l'Empire Ottoman » e i privilegi e le immunità riconosciute alle popolazioni cristiane di Valacchia e Moldavia fossero affidate alla garanzia del concerto europeo⁽⁵²⁾. Ma porre l'esecuzione di questi due punti del Trattato sotto la garanzia collettiva delle potenze europee significava anche 'costituzionalizzare' il diritto di intervento negli affari interni dell'impero ottomano ed attribuirlo a ciascuna di esse indipendentemente dalla volontà delle altre⁽⁵³⁾. Si trattava di un diritto/dovere già ampiamente rivendicato dalla dottrina e dalla diplomazia nei confronti di tutti gli Stati non cristiani e in particolare proprio della Turchia, che ora, però, veniva introdotto in un trattato internazionale, risultando un effetto dell'eccezionalità del caso turco

(52) *Traité de Paix*, cit., art. 22: « Les principautés de Valachie et de Moldavie continueront à jouir, sous la suzeraineté de la Porte et sous la garantie des Puissances contractantes, des privilèges et des immunités dont elles sont en possession. Aucune protection exclusive ne sera exercée sur elle par une des Puissances garantes. Il n'y aura aucun droit particulier d'ingérence dans leurs affaires intérieures ». Sui trattati di garanzia v. Paul PRADIERE FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen et américain, suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1885 vol. 2, pp. 591-642; Friedrich Heinrich GEFPECKEN, *Garantie-verträge*, in Frantz von Holtzendorff, *Handbuch des Völkerrecht. Auf Grundlage europäische Staatenpraxis*, Hg., Bd. 3, *Die Staatsverträge und die internationale Magistraturen*, Hamburg, Richter, 1887, pp. 102-112; per un esame dei diversi significati del termine *garantie* v. Milan MILOSEVITCH, *Les Traités de garantie au XIX siècle. Étude de droit international et d'histoire diplomatique*, Paris, Rousseau, 1888, pp. 15-21; 336-342.

(53) BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, cit., p. 432.

e, allo stesso tempo, una importante testimonianza del carattere intimamente occidentale del concetto di sovranità ⁽⁵⁴⁾.

Il caso dei Principati danubiani sembra confermarlo chiaramente.

A Valacchia e Moldavia, così come alla Serbia, la Porta riconosceva infatti un'amministrazione indipendente e nazionale, piena libertà di culto, di legislazione, commercio e navigazione (art. 23; 28). I due principati, inoltre, avevano diritto ad « una forza armata nazionale, ordinata allo scopo di mantenere la sicurezza interna ed assicurare quella delle frontiere » (art. 26). In Serbia, invece, il Sultano garantiva che sebbene la Porta conservasse « un diritto di presidio, non vi sarebbe stato alcun intervento militare « senza previo accordo tra le alte potenze contraenti » (art. 29).

Valacchia e Moldavia, dunque, non erano sottoposte alla sovranità della Porta ma solo alla sua *suzeraineté* ⁽⁵⁵⁾. Questo termine, « aussi étrange comme cette espèce de seigneurie est absurde », proveniva dal diritto feudale francese e originariamente indicava esclusivamente una supremazia personale di carattere feu-

⁽⁵⁴⁾ Cfr. per tutti Gustave ROLIN-JAEQUEMYS, *Le droit international et la phase actuelle de la Question d'Orient*, in « Revue du droit international et de législation comparée », 8 (1876), p. 325; Johan Caspar BLUNTSCHLI, *Le congrès de Berlin et sa portée au point de vue du droit international*, in « Revue du droit international et de législation comparée », 11 (1879), pp. 12-13; Edouard ENGELHARDT, *Le droit d'intervention et la Turquie*, Paris, Cotillon, 1880. Con diretto riferimento al caso turco v. Eliana AUGUSTI, *L'intervento europeo in Oriente nel XIX secolo: storia contesa di un istituto controverso*, in *Constructing International Law. The Birth of a Discipline*, Luigi Nuzzo, Milos Vec, eds., Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012, pp. 277-330; più in generale Milos VEC, *Intervention/Nichtintervention. Verrechtlichung der Politik und Politisierung des Völkerrechts im 19. Jahrhundert*, in *Macht und Recht. Völkerrecht in den internationalen Beziehungen*, Hg. Ulrich Lappenküper, Reiner Marcowicz, Paderborn, Schöningh Verlag, 2010, pp. 135-160.

⁽⁵⁵⁾ Paul HEILBORN, *Das Völkerrechtliche Protektorat*, Berlin, Springer, 1891, pp. 68-72. Valacchia e Moldavia furono riuniti in un regno autonomo (Romania) nel 1859. Romania (art. 43), Serbia (art. 34) e Montenegro (art. 26) furono dichiarati indipendenti nel Congresso di Berlino del 13.7.1878. Con riferimento al Montenegro si deve precisare che nonostante formalmente non fosse mai stato parte dell'impero ottomano, quest'ultimo rivendicava la *suzeraineté* su di esso. Nello stesso Congresso di Berlino venne riconosciuta l'autonomia della Bulgaria (art. 1) e fu creata la provincia autonoma della Rumelia orientale (nel 1885 annessa al principato di Bulgaria). Cfr. sempre AUGUSTI, *Questioni d'Oriente*, cit., pp. 15-17; 263-266.

dale. Secondo Loiseau, nel corso del tempo si era trasformato in una *puissance publique* che includeva l'esercizio di diritti giurisdizionali e differiva dalla sovranità solo per il fatto di essere un potere usurpato al sovrano da vassalli infedeli ed utilizzato contro di lui ⁽⁵⁶⁾. Nel discorso giuspubblicistico del XIX secolo, invece, esso venne reimpiagato per descrivere differenti rapporti di subordinazione, il cui elemento comune consisteva in un *transfer* di sovranità esterna dallo Stato vassallo allo Stato *suzerain*. In altri termini, quest'ultimo non esercitava sul primo una piena sovranità, ma una « qualche supremazia » o una « sovranità limitata » che normalmente gli riconosceva il diritto di definire la politica estera del sottoposto, ricevere un tributo annuale ed esercitare un controllo militare. In ogni caso, tuttavia, il potere di interferenza non arrivava a consentire anche la gestione dell'amministrazione interna dello Stato vassallo che continuava ad essere affidata alla sua sfera di autonomia ⁽⁵⁷⁾. Per gli internazionalisti occidentali lo Stato vassallo era uno Stato semisovrano ⁽⁵⁸⁾. Esso, al pari di quanto accadeva nelle ipotesi di protettorato internazionale, rappresentava una forma ibrida di soggettività politica, nella quale coesistevano una *innere Selbständigkeit*, cioè una autonomia legislativa, giurisdizionale e amministrativa, e l'assenza di una piena *äussere Unabhängigkeit* ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Charles LOISEAU, *Traité des seigneurs*, Paris, chez Abel l'Angelier, 1608, p. 19.

⁽⁵⁷⁾ Conrad BORNAK, *Einseitige Abhängigkeitsverhältnisse unter den modernen Staaten*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1896; BOGHITCHIÉVITCH, *Halbsouveränität. Administrative und politische Autonomie seit dem Pariser Vertrag*, Berlin, Springer, 1903.

⁽⁵⁸⁾ August HEFFTER, *Das Europäische Völ Kerrecht der Gegenwart* (1884) 8. Aufl., Berlin, Schroeder, 1882, pp. 48-51; BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, cit., pp. 88-89; MARTENS, *Völkerrecht*, Bd. I, pp. 250-252; Henry BONFILS, *Manuel de droit international public (Droit des gens)*, Paris, Rousseau, 1894 p. 102; Paul PRADIÈRE FODÉRE, *Traité de droit international public européen et américain, suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, vol. 1, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1885, pp. 176-183; Giulio DIENA, *Principi di diritto internazionale*, Napoli, Pierro, 1908, p. 75 e ss. Una sintesi delle diverse posizioni in BORNAK, *Einseitige Abhängigkeitsverhältnisse*, cit., pp. 10-14.

⁽⁵⁹⁾ Con grande chiarezza Franz VON LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, (1898) 9. Aufl., Berlin, Härig 1913, p. 72. Liszt leggeva inoltre il problema dell'autonomia sia dalla prospettiva del diritto internazionale privato, ricordando che ciascuno Stato era parte — *Rechtsgenosse* — di una comunità internazionale e la difesa

Ritorniamo così al paradosso iniziale e sveliamo un *vulnus* del moderno diritto internazionale. Da un lato, il principio di sovranità, in Oriente, perdeva elementi costitutivi, come esclusività e indivisibilità, e conviveva con il riconoscimento di ampie sfere di autonomia. Dall'altro, le aspirazioni degli Stati subordinati ad ottenere la piena indipendenza e la volontà del *suzerain* di mantenere il controllo sullo Stato vassallo conducevano ad un permanente stato di guerra. La semisovranità era infatti uno stato transitorio che doveva essere superato o con il raggiungimento dell'indipendenza da parte dello Stato semisovrano o con il suo assorbimento in quello ad esso sovraordinato. « Le guerre sanguinose combattute per l'indipendenza dei Principati danubiani e le rovinose conseguenze che sono derivate dalla semisovranità degli Stati soggetti alla Turchia — scriveva Fiore — sono un eloquente ammaestramento » ⁽⁶⁰⁾.

Alla ricerca di un esempio di Stato semisovrano e rivolto a dimostrare il carattere eccezionale di ogni compressione della sovranità nel diritto internazionale, il giurista italiano si riferiva correttamente ai principati cristiani dei Balcani. Al pari dei suoi colleghi tuttavia, dimenticava che la soluzione diplomatica adottata a Parigi nel 1856 produceva, sul piano teorico, una soluzione ancor più paradossale. Le potenze europee, infatti, avevano assunto in un documento ufficiale l'obbligo di garantire l'indipendenza e l'integrità dell'impero ottomano (art. 7) e allo stesso tempo avevano stabilito che Valacchia e Moldavia avrebbero continuato a godere, sotto la *suzeraineté* della Porta, dei precedenti privilegi, immunità e garanzie (art. 22). Attraverso uno slittamento semantico la sovranità sui due principati danubiani, che il trattato di Adrianopoli ancora ricono-

della propria autonomia non doveva condurre a *Kollisionen* con l'autonomia degli altri componenti la comunità (pp. 72-73), sia dalla prospettiva della politica commerciale, riconoscendo nell'autonomia commerciale un elemento che discendeva dalla sovranità statale (pp. 217-218). Sulla differenze tra Stato vassallo e Stato protetto v. DIENA, *Principi di diritto internazionale*, cit., p. 77, cui si rinvia anche per una lucida presa d'atto sia delle difficoltà « da un punto di vista positivo » di una simile distinzione, sia della sua inutilità, pp. 77-79.

⁽⁶⁰⁾ Pasquale FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, (1890) 3. ed., Torino, Unione Tipografico Editrice, 1900, p. 143.

sceva allo Stato ottomano, si era trasformata in *suzeraineté* ⁽⁶¹⁾. Formalmente quindi, sul territorio della Valacchia e della Moldavia si esercitavano tre forme differenti di potere: l'autonomia interna riconosciuta ai due governi; la *suzeraineté* dell'impero ottomano; e la garanzia del concerto europeo. Allo stesso tempo, però, autonomia e garanzia svuotavano la *suzeraineté* della Porta, affidando Moldavia e Valacchia alle cure delle potenze europee e comprimevano, coadiuvate da magistrature consolari e regime capitolare, la stessa sovranità turca ⁽⁶²⁾.

Gli esempi, all'interno dell'impero ottomano, si possono moltiplicare. Si pensi al caso dell'Egitto, forse il suo più importante Stato vassallo. Sottoposto alla sola *suzeraineté* turca sin dal Trattato di Londra del 1840, l'Egitto aveva rappresentato per le potenze europee un laboratorio eccezionale dove sperimentare nuove soluzioni politiche, finanziarie, normative, giurisdizionali per trovare una risposta alla questione orientale senza mettere in discussione il carattere euro americano del diritto internazionale e la rete di privilegi goduti dai cittadini occidentali nel territorio. Circa quaranta anni dopo il territorio egiziano restituiva l'immagine di uno spazio stratificato, attraversato da molteplici livelli e molteplici poteri, *suzeraineté* turca, autonomia egiziana, garanzia europea e protettorato inglese, i cui confini e i cui contenuti apparivano sempre più incerti ⁽⁶³⁾.

Nello stesso periodo, a Berlino, il Trattato che nel 1878 pose fine alla guerra russo-turca offrì agli internazionalisti europei ulte-

⁽⁶¹⁾ *Traité séparé entre la Russie et la Porte relatif aux principautés de Moldavie et de Valachie*, Andrinopole, 2/14, 9, 1829, in *Nouveau Recueil de Traités*, ed. Georg Friederich von Martens, Friederich Saalfeld, t. 8, 1823-1830, Göttingen, Dieterich, 1831, pp. 151-154.

⁽⁶²⁾ BORNAK, *Einseitige Abhängigkeitsverhältnisse*, cit., p. 56; Georg JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien, Holder, 1882, p. 134, cui si rinvia anche per una opportuna precisazione circa le differenze tra il contratto di garanzia e il contratto di protettorato, pp. 134-135.

⁽⁶³⁾ Cfr. Frantz DESPAGNET, *Cours de droit international public* (1894) 3. ed., Paris, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1905, pp. 139-140. Sui tribunali misti egiziani v. NUZZO, *Origini di una scienza*, cit., pp. 169-221; per un approfondimento dei problemi economici connessi alla bancarotta dello stato egiziano e al cassa della *dette publique* v. Lea HEIMBECK, *Die Abwicklung von Staatsbankrotten im Völkerrecht. Verrechtlichung und Rechtsvermeidung zwischen 1824 und 1907*, Baden Baden, Nomos, 2012, pp. 63-142.

riori occasioni per riflettere sui limiti del concetto di sovranità nella lettura del rapporto tra Stato e territorio ⁽⁶⁴⁾. La Bulgaria divenne un principato autonomo e tributario sottoposto alla *suzeraineté* della Porta, mentre Bosnia ed Erzegovina furono cedute in amministrazione all'impero austro ungarico ⁽⁶⁵⁾. Sempre nel 1878 il sultano turco consentì alla Gran Bretagna di « occupare e amministrare » l'isola di Cipro fintanto che la Russia non gli avesse restituito Batoum, Ardhan e Kars ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Henryk BATOWSKI, *Die Territorialen Bestimmungen von Santo Stefano und Berlin*, in *Der Berliner Kongreß von 1878. Die Politik der Großmächte und die Probleme der Modernisierung in Südosteuropa in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Hg. Ralph Melville, Hans Jürgen Schröder, Wiesbaden, Steiner, 1982, pp. 51-62; una maggiore attenzione agli aspetti giusinternazionalistici in Serge MAIWALD, *Der Berliner Kongress 1878 und das Völkerrecht. Die Lösung des Balkanproblems im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 1948, pp. 77-104. Più recentemente i saggi raccolti da M. Hakan Yavuz, Peter Sluglett, *War and Diplomacy. The Russo-Turkish War of 1877-1878*, Salt Lake City, The University of Utah Press, 2011, in part. Hakan YAVUZ, *The Transformation of "Empire" through Wars and Reforms: Integration vs. Oppression*, pp. 17-55.

⁽⁶⁵⁾ *Traité de Berlin*, 13.7.1878, art. 25 (Benoît BRUNSWIK, *Le Traité de Berlin annoté et commenté*, Paris, Plon, 1878, p. 101) « Les provinces de Bosnie et d'Herzégovine seront occupées et administrées par l'Autriche-Hongrie. Le gouvernement d'Autriche-Hongrie ne désirant pas se charger de l'administration du Sandjack de Novi-Bazar, qui s'étend entre la Serbie et le Monténégro dans la direction du sud-est jusqu'au-delà de Mitrovitza, l'administration ottomane continuera d'y fonctionner; néanmoins, afin d'assurer le maintien du nouvel état politique, ainsi que la liberté et la sécurité des voies de communication, l'Autriche-Hongrie se réserve le droit de tenir garnison et d'avoir des routes militaires et commerciales sur toute l'étendue de cette partie de l'ancien Vilayet de Bosnie. A cet effet, les gouvernements d'Autriche-Hongrie et de Turquie se réservent de s'entendre sur les détails ». I « dettagli » vennero precisati con la Convenzione del 21.4.1879 dove si legge che l'occupazione non avrebbe pregiudicato il diritto di sovranità del Sultano. (*Nouveau Recueil général de Traités*, ed. Georg Friedrich von Martens, Charles Samwer, Jules Hopf, deuxième série, t. 4, Gottingue, Dieterich, 1879, p. 422). Edin RADUŠIĆ, *The Ottoman Wrong Horse?: The Question of Bosnia and Hercegovina in the Last Phase of the Eastern Crisis*, in Yavuz, Sluglett, *War and Diplomacy*, cit., pp. 165-197; Lothar CLASSEN, *Der völkerrechtliche Status von Bosnien-Herzegowina dem Berliner Vertrag vom 13.7.1878*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004, in part. p. 64 e ss.

⁽⁶⁶⁾ *Convention d'alliance défensive entre la Grande-Bretagne et la Turquie*, Constantinople, 4.6.1878, art. 1, in « Archives Diplomatiques, Recueil international de diplomatie et de histoire », deuxième série, 23 (1882-1883), VI, p. 315. Cfr. BRUNSWIK, *Le Traité de Berlin*, cit., pp. 122-124. La Convenzione anglo-turca del 1.7.1878 aveva il compito di precisare i limiti dell'occupazione inglese, (sempre in « Archives Diploma-

In entrambi i casi, dal punto di vista giuridico, non si era di fronte ad una vera e proprio annessione, ma ad un affidamento provvisorio, dovuto al sussistere di determinate condizioni o necessità politiche, del solo esercizio dei diritti di sovranità della Turchia che formalmente ne rimaneva la legittima titolare ⁽⁶⁷⁾. In presenza di una cessione assoluta di tale esercizio e in una provvisorietà priva di ogni argine temporale, tuttavia, la sovranità turca su Cipro, Bosnia e Erzegovina diveniva un ricordo sfumato, svelando una distanza ormai non più colmabile tra il mondo dei fatti e il mondo del diritto e lasciando ai giuristi il compito di ripensare le vecchie categorie offerte dal diritto internazionale e di rileggere, in forme nuove e più adatte ai tempi, il rapporto tra spazio e diritto.

Nella realtà della vita internazionale — scriveva Arrigo Cavaglieri riprendendo le analisi di Jellinek — nulla vi è che possa dirsi assurdo ed inammissibile. Basta ad escluderlo l'esistenza stessa di quel determinato fenomeno, il quale perciò, per quanto apparentemente nuovo e bizzarro ha certo in sé stesso una ragione di esistere e non può essere trascurato. Spetta ai giuristi studiarlo senza preconcetti nelle sue manifestazioni e conseguenze giuridiche, ricercando tra quelle preesistenti o, se è necessario, costruendo *ex novo* la figura in cui esso rientri ⁽⁶⁸⁾.

Non era un compito facile quello che Cavaglieri assegnava ai giuristi e al quale egli stesso non intendeva sottrarsi, ma come confermavano anche le concessioni attribuite dalla Cina alle potenze occidentali tra Otto e Novecento, si trattava di un impegno non più rinviabile ⁽⁶⁹⁾.

L'imbarazzo che si celava dietro parole come « curiosità », « novità », « anomalia » « assurdità », « irregolarità », con le quali

tiques », ivi, pp. 315-16). L'organizzazione normativa e giudiziaria vennero regolamentate l'anno successivo con due ordinanze, rispettivamente del 21.12.1878 e del 17.1.1879.

⁽⁶⁷⁾ V. per tutti JELLINEK, *Die Lehre*, cit., pp. 115-119.

⁽⁶⁸⁾ Arrigo CAVAGLIERI, *Contributo alla definizione di alcune figure del diritto pubblico contemporaneo*, estratto da « Rivista di diritto internazionale », Roma, Tipografia dell'Unione cooperativa editrice, 1906, p. 16. Considerazioni in parte simili in Gennaro MONDAINI, *Il carattere di eccezionalità della storia e del diritto coloniale e le nuove forme giuridiche d'espansione nelle colonie*, in « Rivista coloniale », 2 (1907), pp. 6-32.

⁽⁶⁹⁾ Accennava alle concessioni occidentali in Cina lo stesso Arrigo CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale e alcune recenti concessioni di territori*, Verona, Manuzio, 1903; ID., *Contributo*, cit., pp. 8-12.

gli internazionalisti avevano provato a descrivere l'eccezionalità di esperienze politiche di cui non erano in grado di cogliere la rilevanza giuridica doveva, quindi, lasciare spazio ad una lettura complessiva dell'intero fenomeno che provasse a ricondurre il dato fattuale nell'orizzonte del diritto ⁽⁷⁰⁾.

I tentativi non mancarono. In Italia ci provarono soprattutto Catellani, da sempre attento ai fenomeni coloniali, con una serie di studi sulla Cina, e lo stesso Cavaglieri che fece del rapporto tra Stato e territorio e delle categorie con cui definirlo l'oggetto di tre interessanti articoli apparsi nelle riviste giuridiche italiane tra il 1903 e il 1906 ⁽⁷¹⁾. Nello stesso torno d'anni Perrinjaquet e Gerard catalogarono le *cessions temporaires* e le *cessions déguisées* di territori

⁽⁷⁰⁾ Dopo averne sottolineato la novità e la curiosità (p. 582) Johann Kaspar BLUNTSCHLI, *Le Congres de Berlin et sa portée au point de vue du droit international*, cit., 5ème article, *Les nouveaux états de formation incomplète*, 13 (1881), p. 586 scriveva: « La Bosnie et l'Herzégovine ne font cependant pas encore partie intégrante de l'empire austro-hongrois; elles sont unies à celui-ci, ou, pour employer une vieille expression suisse, elles constituent un pays « zugewandt », une dépendance, d'un caractère particulier. Elles ne rentrent ni parmi les provinces ou les pays de l'Autriche, ni parmi les pays de la couronne de Hongrie: elles sont soumises au gouvernement commun de la monarchie ». Parlano di anomalia Travers TWISS, *The Laws of the Nations considered as Independent Political Communities. On the Right and Duties of Nations in Time of Piece*, Oxford, Clarendon Press, 1884, p. 120, e Franz VON HOLTZENDORFF, *Das Landgebiet der Staaten*, in *Handbuch des Völkerrechts*, Hg. Id., Bd. 2, *Die völkerrechtliche Verfassung und Grundordnung der auswärtigen Staatsbeziehungen*, Hamburg, Richter, 1887, p. 245; di stranezza e assurdità MARTENS, *Das Völkerrecht*, cit., Bd. 1, p. 361; 364 e infine BONFILS, *Manuel de droit international publique*, cit., p. 180 di anomalia e di « situazione strana, irregolare e contraria a tutti i principi ». Con estrema durezza Jellinek criticava l'espressione « nuovi Stati » utilizzata da Carlos CALVO, *Le droit international théorique et pratique* (1868) 4. ed., t. 1, Paris-Berlin, Guillaumin, Puttkammer, 1887, p. 317. Secondo il giurista tedesco, *Die Lehre*, cit., p. 116 infatti essa « ist so vage und juristisch so unpr cis, dass durch sie die eigenartige völkerrechtliche Erscheinung, welche die Occupation hervorgerufen hat, um nichts klarer und verst ndlicher wird ».

⁽⁷¹⁾ Oltre ai due articoli citati nella n. 68 v. anche Arrigo CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale ed il rapporto giuridico tra Stato e territorio*, « Archivio giuridico », 73 (1904), pp. 77-127; Enrico LEVI CATELLANI, *I "settlement" europei e i privilegi degli stranieri nell'Estremo Oriente*, Venezia, Ferrari, 1903; ID., *L'Estremo Oriente e le sue lotte*, Milano, Treves, 1904; ID., *I privilegi degli stranieri in Oriente e nell'Estremo Oriente: condizione attuale e tentativi di riforma*, in « Rivista di diritto internazionale », 9 (1915), pp. 3-22; ID., *La penetrazione straniera nell'Estremo Oriente. Sue forme giuridiche ed economiche*, Firenze Barbera, 1915.

nel diritto internazionale, mentre Boghitchiévitich dedicò la sua dissertazione al concetto di semisovranità e ne sottolineò sin dal titolo, la relazione con la nozione di autonomia (72). Nel 1896 invece, Konrad Bornak, un giurista che si occupò con molta consapevolezza di diritto coloniale, aveva pubblicato nel solco della *Die Lehre der Staaten Verbindungen* di Jellinek un saggio sulle « condizioni di dipendenza unilaterale ». E proprio Georg Jellinek, sempre nel 1896, aveva dato alle stampe *Staatsfragmente*, un testo destinato a lasciare un segno nel dibattito della dottrina giuspubblicistica del XX secolo (73).

Per il giurista tedesco la comprensione della realtà e la sua riconduzione all'interno di (nuove) categorie giuridiche era possibile solo assumendo la consapevolezza dei limiti del concetto di sovranità e del concetto di Stato. Diritti sovrani, territorio e sudditi costituivano ancora gli elementi necessari della statualità, ma l'assenza di uno di essi, anche del più importante, il potere governamentale, non condannava necessariamente la formazione politica che ne era priva all'interno di semplici enti amministrativi. La sovranità, infatti, non era più una caratteristica essenziale dello Stato, ma solo « una categoria storica necessaria per la comprensione del sistema statale contemporaneo, ma non dello Stato in sé » (74). Jellinek non arrivava a liberarsi dell'*idolon* della sovranità e continuava a servirsene nell'attività di osservazione e ricostruzione della realtà in termini giuridici. Allo stesso tempo, tuttavia, era ben consapevole che solo uno sguardo condizionato da un « preconconcetto dottrinario » non si sarebbe accorto dell'esistenza di soggettività politiche che pur prive di poteri governamentali, in quanto sottoposti ad un potere superiore, non potevano essere ridotti a semplici enti amministrativi. Territorio, sudditi e forme più o meno ampie di autonomia, amministrativa, legislativa e giurisdizionale, ne facevano enti intermedi, o più esattamente *Staatsfragmente*.

(72) Louis GERARD, *Des cessions déguisées de territoires en droit international public*, Nancy, Imprimerie Nancienne, 1903; Jean PERRINJAQUET, *Des cessions temporaires de territoires*, Paris, Giard & Brière, 1904; BOGHITCHIÉVITCH, *Halbsouveränität*, cit.

(73) BORNAK, *Einseitige Abhängigkeitsverhältnisse*, cit.; Georg JELLINEK, *Über Staatsfragmente*, Heidelberg, Koester, 1896.

(74) JELLINEK, *Über Staatsfragmente*, cit., p. 11.

Autonomia e storiografia

PIETRO COSTA

« COSÌ LONTANO, COSÌ VICINO »:
IL COMUNE MEDIEVALE E LA SUA 'AUTONOMIA'

Il tempo è un servo, se tu sei il suo padrone. Il tempo è il tuo dio, se tu sei il suo cane. Noi siamo i creatori del tempo, le vittime del tempo e gli assassini del tempo. Il tempo è senza tempo: sei tu l'orologio.

(W. Wenders, *Così lontano, così vicino*)

1. L'obiettivo e i limiti della ricerca. — 2. Il 'grado zero': l' 'autonomia' della città nel lessico giuridico cinque-seicentesco. — 3. Dall'antiquaria sei-settecentesca alle *Antiquitates* muratoriane: 'autonomia', 'libertas', 'autocrazia'. — 4. L'affiorare di un nuovo « Erwartungshorizont » nel secondo Settecento. — 5. La 'libertà repubblicana' della città: Adams e Sismondi. — 6. 'Autonomia-autogoverno' e 'autonomia-indipendenza' nella prima metà dell'Ottocento. — 7. 'Autonomia-autogoverno' e 'autonomia-indipendenza' fra Otto e Novecento. — 8. L' 'autonomia' dei Comuni medievali nella storiografia giuridica fra Otto e Novecento. — 9. L' 'autonomia' e l' 'autocefalia' della città: il contributo di Max Weber. — 10. Dall' 'autonomia' alla 'suità'? Strategie metalinguistiche dell'odierna storiografia fra vecchi e nuovi paradigmi.

1. *L'obiettivo e i limiti della ricerca.*

Che cosa significa 'autonomia' negli enunciati che affermano che i Comuni medievali sono (definibili come enti politico-giuridici) 'autonomi'? E quali caratteristiche vengono attribuite ai Comuni medievali nel momento in cui essi vengono contrassegnati come (enti politico-giuridici) 'autonomi'?

Delle vicissitudini del termine 'autonomia' Luca Mannori ha tracciato di recente una limpida mappa ⁽¹⁾, che darò per nota. Il mio

⁽¹⁾ L. MANNORI, *Autonomia. Tracciato di un lemma nel vocabolario amministrativo italiano dal settecento alla costituente*, in « Rivista di Studi sullo Stato », 2012.

obiettivo è il medesimo — contribuire a una storia semantica di ‘autonomia’ — ma è molto più circoscritto: ricostruire il significato di ‘autonomia’ entro quelle formazioni discorsive che, fra Settecento e Novecento, lo hanno impiegato per cogliere le caratteristiche essenziali del Comune medievale.

Per comprendere un oggetto del passato, rappresentarlo e ‘narrarlo’ ai propri interlocutori era indispensabile (come in ogni operazione ermeneutica) disporre di un lessico, di un apparato linguistico-concettuale che funzionasse come un ‘ponte’ fra il passato e il presente, come uno strumento capace di ‘tradurre’ l’oggetto nel metalinguaggio dell’interprete. L’obiettivo che mi propongo è appunto capire in che modo ‘autonomia’ sia venuta a far parte del campo lessicale, del metalinguaggio impiegato per rispondere alla domanda ‘che cosa è’ il Comune medievale.

Di un siffatto ‘programma’ euristico occorre subito indicare i limiti. È essenziale determinarli con chiarezza perché tanto il termine (‘autonomia’) quanto il fenomeno (i Comuni medievali) sono massicciamente presenti in una galassia discorsiva talmente varia e densa da rendere impossibile una ricognizione complessiva.

Un primo limite è suggerito dalla differenza esistente fra due grandi tipologie di discorsi, distinti in ragione del rapporto da essi intrattenuto con il passato: un rapporto (vorrei dire) di ‘uso’ del passato oppure di ‘interpretazione’ del passato stesso (2). Si pensi, ad esempio, al conflitto — centrale nel dibattito politico-giuridico degli ultimi secoli — fra opposte visioni (‘pluralistiche’ o ‘monistiche’, ‘discendenti’ o ‘ascendenti’) della sovranità: in quel dibattito le parti in causa potevano trovare nell’esperienza comunale materiali suggestivi a difesa delle loro tesi. In questo caso, però, è all’urgenza del conflitto e della progettazione politica che la rappresentazione del passato viene resa funzionale. Non potrò dar conto delle immagini del Comune medievale circolanti in questa densissima galassia discorsiva e mi riferirò soltanto a testi caratterizzati da una logica in qualche modo rovesciata: dove i comuni medievali non sono mo-

(2) Cfr. U. Eco, *Lector in fabula*, Milano, Bompiani, 1979 e U. Eco, *I limiti dell’interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990. Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *In search of legal texts: Which texts for which historian?*, in *Reading Past Legal Texts*, D. MICHALSEN ed., Oslo, Unipax, 2006, pp. 158-181.

menti di una strategia retorica funzionale al sostegno di una tesi ideologico-politica, ma al contrario costituiscono l'oggetto primario, il 'tema', di un discorso autenticamente interessato alla comprensione del passato.

Un secondo limite è imposto dall'obiettivo perseguito. Attraverserò diversi saperi specialistici (quali la storiografia e la giuspubblicistica) senza poter dar conto della loro specifica tessitura, perché l'obiettivo è comprendere i costrutti discorsivi nei quali il lemma 'autonomia' è stato coinvolto allo scopo di offrire una qualche rappresentazione degli ordinamenti politico-giuridici medievali. Darò inoltre una netta prevalenza alla cultura italiana, pur concedendomi, dove indispensabile, qualche escursione transalpina. Infine, non è una formula di maniera avvertire che potrò procedere non a ricognizioni esaurienti di una letteratura vastissima, che per più di due secoli si è cimentata con il fenomeno comunale, ma soltanto a 'campionamenti', a 'carotaggi' che offrano indizi (spero) sufficienti ad intendere le principali caratteristiche del territorio sondato.

2. *Il 'grado zero': l' 'autonomia' della città nel lessico giuridico cinque-seicentesco.*

I discorsi con i quali avremo a che fare si pongono a una qualche distanza dal loro oggetto: lo 'storicizzano' impiegando a questo scopo diversi strumenti metalinguistici (e, fra questi, anche il termine 'autonomia').

'Autonomia' però fa la sua comparsa già dentro discorsi che, lungi dal porsi a una qualche distanza 'storiografica' dagli ordinamenti medievali, si muovono in continuità con un sapere giuridico che di quegli ordinamenti aveva offerto una prima teorizzazione. 'Autonomia' è già presente, sia pure marginalmente, entro discorsi che costituiscono una sorta di 'grado zero' rispetto a quella letteratura sette-ottocentesca che, per 'storicizzare' le antiche città, non mancherà di attingere alle risorse lessicali della tradizione politico-giuridica medievale.

Nella *Politica* di Althusius, il paragrafo 41 del capitolo VI («*De civitatis speciebus et civium communicatione*») ha il titolo seguente: «*Αυτονομία* civitatis, jurisdictionis, territorium, tribunalia». Althusius ha già posto le basi, nei capitoli precedenti, del suo lessico

teorico. Ha parlato, nel capitolo V, della « consociatio publica » e del « politeuma » — lo « jus symbioticum publicum » (definito come « jus et potestas, communicandi et participandi utilia et necessaria ») ⁽³⁾ — e ha introdotto un termine di grande portata teorico-giuridica: *universitas*.

Universitas è per Althusius uno strumento concettuale, che egli raccoglie dalla tradizione giuridica medievale attraverso l'indispensabile mediazione di Nicolò Losa ⁽⁴⁾ e impiega originalmente come una delle nervature del suo edificio teorico. *Universitas* è un *nomen iuris* che dà conto del passaggio dalla pluralità all'unità, da una molteplicità di soggetti a un'entità non riducibile alla loro meccanica giustapposizione. Proprio per questo la « consociatio publica » « vocari potest universitas » ⁽⁵⁾ e può esser detta immortale perché « nec personarum singularum mutatione variatur » ⁽⁶⁾. Dove sia in gioco il passaggio dalla molteplicità all'unità, per intenderne la legittimità e le modalità conviene ricorrere al concetto di *universitas*, che quindi si attaglia alla *consociatio universalis*, alla *provincia* e alla città, cui è dedicato l'intero capitolo VI dell'opera althusiana.

Che cosa fosse, in generale, una *civitas* era stato già chiarito da Althusius nelle pagine precedenti e il fulcro del discorso ora ruota sugli elementi che ne caratterizzano e ne illustrano l'esistenza: da un lato, la *communicatio*, la comune collaborazione nello scambio dei beni e dei servizi, la *symbiosis*, l'impegno per il bene comune; l'esistenza di risorse e di beni di uso collettivo e tutto ciò che permetta l'autosufficienza della città; infine i diritti, anch'essi assunti come una sorta di 'bene comune' della città: « Jura civitatis, privilegia, statuta et beneficia civibus etiam communicantur, quae civitatem amplam et celebrem reddunt » ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ J. ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta* ..., a cura di C. Malandrino, Apparato critico di F. Ingravalle e M. Povero, Torino, Claudiana, 2009, V, 5, p. 324. È prezioso il quadro complessivo delineato da C. MALANDRINO, *Introduzione: la Politica methodice digesta di Johannes Althusius*, ivi, pp. 9-130.

⁽⁴⁾ Come ha dimostrato in modo convincente A. TORRE, *Universitas (Losaeus)*, in *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, a cura di F. Ingravalle e C. Malandrino, Firenze, Olschki, 2005, pp. 339-360.

⁽⁵⁾ ALTHUSIUS, *Politica*, cit., V, p. 322.

⁽⁶⁾ Ivi, V, 3, p. 322.

⁽⁷⁾ Ivi, VI, 39, p. 388.

È in questo contesto che compare il termine *αὐτονομία*, che si connette a quanto fino a quel momento era stato scritto: « quo refero etiam jus territorii, *αὐτονομίαν* et usum regalium, aliaque jura publica cum jurisdictione et imperio » (8). Althusius fa un ampio uso di espressioni greche e *αὐτονομία* è una di queste. Il suo significato è reso trasparente dal contesto cui inerisce: autonomia si colloca al centro di un campo semantico che include vari lemmi, quali *iura regalia*, *iurisdictio* e *imperium*. Queste espressioni, lungi dall'essere casualmente elencate, formano un coerente plesso semantico: Althusius sta associando *αὐτονομία* a un insieme di lemmi (*iurisdictio-imperium-potestas statuendi*) che la civilistica medievale aveva introdotto per rappresentare e legittimare il potere di governo della città comunale.

Althusius accoglie questo lessico, lo impiega per descrivere il governo della città e lo associa ad 'autonomia'. Non è peraltro il solo a suggerire questo nesso. Valga a riprova un riferimento a Johann Schilter, attivo alla corte di Sassonia-Weimar, che nella sua *Praxis*, del 1675, a proposito del rapporto fra legge del *princeps* e statuto cittadino, suggerisce di impostare il problema chiedendosi « an civitas quae statutum condidit, habeat generatim *αὐτονομίαν* et ius condendi, aut non », per concludere che il *princeps* non può derogare allo statuto cittadino « si vero statutum iure *αὐτονομίας* conditum est » (9). Il nesso fra *ius*, *potestas statuendi*, *iurisdictio* e *civitas*, instaurato secoli prima in un contesto sensibilmente diverso, da un lato, viene sostanzialmente confermato e, dall'altro lato, rende semanticamente chiaro e inequivoco un 'grecismo' ancora abbastanza esoterico.

'Autonomia' dunque rinvia alla città e all'insieme dei poteri che permettono ad essa di governarsi. Non sembra determinante, in Althusius, la collocazione della città in un sistema di relazioni (in qualche modo) gerarchiche, che pure egli tiene perfettamente presente. L'autonomia infatti (nel senso prima precisato) riguarda tanto

(8) Ivi, Vi, 41, p. 388.

(9) J. SCHILTER, *Praxis iuris romani in foro germanico iuxta ordinem Edicti perpetui et Pandectarum Justiniani. Opus Theoretico Practicum*, Francofurti ad Moenum, apud Franciscum Varrentrapp, 1733, Tomus Primus, *Exercitatio ad Pand. II*, § 11, p. 18.

la « *civitas etiam agnoscens superiorem* », che quindi per certi aspetti almeno è sottoposta al controllo del *superior*, quanto la città « *prorsus libera, nullum praeter Caesarem superiorem agnoscens* ». Non solo: se per il presente Althusius non sembra prendere in considerazione l'ipotesi di città sottratte a qualsiasi tipo di gerarchia, non manca di avvertire che in altri tempi (ad esempio « in *politia Judaica* » e presso altri popoli) « *civitates suam autonomiam, politiam et regem proprium habuisse constat* »; e anche in questo caso, nel caso di una città che governa se stessa senza alcun legame estrinseco, può ricorrere senza difficoltà all'espressione (questa volta traslitterata) 'autonomia'.

'Autonomia' è un neologismo, ma il suo spazio semantico sembra pre-determinato dalle medesime coordinate che definiscono la libertà della città. L'autonomia della città è la sua *libertas*; ed è proprio con la definizione di « libera civitas » che si apre il capitolo nel quale Althusius fa uso dell'inconsueto termine greco. Una città è libera per Althusius in quanto, esente dalla soggezione a poteri 'intermedi', riconosce soltanto « *immediate summum magistratum superiorem* ». Una città libera « in *politia Germanica* » prende il nome di città imperiale: « *membrum imperii* », libera da qualsiasi altro vincolo di soggezione ⁽¹⁰⁾.

Una siffatta idea di 'città libera' affonda le radici nella cultura giuridica medievale ed è confermata e riproposta in tutta la letteratura cinque-seicentesca ⁽¹¹⁾. Anche Christoph Besold (citando Menochio) parla delle città imperiali come di città « *ab omni onere Imperii [...] immunes atque ab omni homagii, fidelitatisque praestatione liberae: reservata tamen nihilominus ut putat Imperii in eas superioritate* » e assume come esempio le « *Italicæ Civitates* » « *libertatem suam a tempore Friderici secundi praetendentes* » ⁽¹²⁾. La libertà è esenzione, immunità (libertà da...), ma è al contempo

⁽¹⁰⁾ ALTHUSIUS, *Politica*, cit., V, 2, p. 364.

⁽¹¹⁾ Cfr. L. BIANCHIN, *Le libere città imperiali nella giurispubblicistica tedesca del primo Seicento*, in *Challenging Centralism. Decentramento e autonomie nel pensiero politico europeo*, a cura di L. Campos Boralevi, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 89-98.

⁽¹²⁾ Ch. BESOLD, *Dissertatio Collectanea de civitatibus Germaniae liberis et mixtis*, Tubingae, Apud Eberhardium Wildium, 1621, cap. V, p. 9.

titolarità di quella *iurisdictio* e di quei *iura regalia* dai quali dipende la « potestas statuta condendi. Statutum est illud jus, quod unaquaque civitas sibi constituit, quod etiam jus municipale dicitur » (13).

La libertà allude a una condizione di totale sottrazione alla *iurisdictio* di un *superior*, ma non si esaurisce in essa. Possono esser dette libere anche le città « qui non plane sed in quibusdam, Caesaris Imperiique potestatem declinant exempti » e quindi, in senso generale, « liberum dici potest subjectum alias quatenus certis quibusdam gloriatur immunitatibus et praerogativis » (14). La libertà è un concetto flessibile e 'misurabile', che permette gradazioni molteplici lungo un asse che procede da immunità parziali e settoriali alla pienezza dei poteri. Viene ancora evocata in proposito l'antica tesi bartoliana « de civitatibus Italiae sive Rebuspublicis, quae olim plurimae fuerunt, nunc paucissimae sunt, eas tantum posse in suo populo ac territorio, quantum Imperator in suo imperio: neque aliter de tali civitate, quam de ipso principe et Caesare iudicandum esse » (15).

Torna con insistenza il caso paradigmatico delle città italiane, accompagnato dalla convinzione che non sia sostanzialmente diversa la condizione, in Germania, delle città imperiali (16): città libere, *respublicae*, sia le prime che le seconde, fra loro tanto simili quanto lontane dalle loro antiche progenitrici, dal momento che, secondo Gentili, nel mondo antico solo a Roma spettava la qualifica di *respublica* (e quindi di *civitas* in senso proprio), mentre tutte le altre, « quantumvis magnae et opulentae », venivano considerate « priva-

(13) Ivi, cap. VI, p. 58.

(14) Ivi, cap. V, p. 26.

(15) S. GENTILI, *De iurisdictione Libri III*, Francofurti, Apud haeredes Claudii Marnii, 1613, L. III, c. 22, pp. 415-16. Cfr. L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in « Quaderni Fiorentini », 19, 1990, p. 398 e ss. L. BIANCHIN, *Il diritto pubblico nel rinnovamento della tradizione dottrinale. Il 'De iurisdictione' di Scipione Gentili*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, 3, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*, a cura di G. Dilcher e D. Quaglioni, Bologna-Berlin, il Mulino-Duncker & Humblot, 2011, vol. III, pp. 425-47.

(16) GENTILI, *De iurisdictione*, cit., L. III, c. 22, p. 416. Viene citato a conferma anche il parere del « gravissimus prudentissimusque historicus Franciscus Guicciardinus historiarum 2. Liber 7 ».

torum loco » (17). Quando si guardi alle città collocate al vertice dell'asse delle 'libertates', esse, in quanto « superiorem non agnoscant », detengono il « merum imperium ». Né è determinante che la pienezza dei poteri spetti loro per concessione imperiale oppure per un effettivo e continuativo esercizio, cui la « praescriptio » può egualmente fornire un titolo di legittimità (18).

Se 'libertas' è strettamente collegata a 'communitas', 'universitas', 'civitas', quest'ultima è a sua volta saldamente associata a 'respublica'. Per Losaeus, « communitas » è un « nomen generale » applicabile « ad universitatem civitatis, castris et villae et cuiuslibet municipii », proprio come « respublica »: riferibile, in origine, solo all'impero romano nella sua totalità oppure alla sola città di Roma, ma poi usato estensivamente per ogni città e addirittura « pro quolibet municipio, castro et villa ». Se quindi un tempo solo il popolo o l'impero romano era una *respublica*, oggi lo è « quaelibet civitas, quae superiorem non recognoscit »; e le stesse città soggette, se non possono « proprie et stricte habere Rempublicam », lo possono « improprie et largo modo » (19).

Allo stesso modo Althusius qualifica la « consociatio universalis », in senso lato, come « politia, imperium, regnum, respublica, populus » (20), salvo specificare che « respublica » è un termine riferibile a una « civitas » e a « quaelibet politia », « uti Respublica Atheniensium, Lacedaemoniorum et Hebraeorum et Romanorum », anche se molte di esse « suis regibus non caruerunt » (21).

Da un lato, 'iurisdictio' ('imperium', 'potestas condendi statu-

(17) Ivi, p. 415.

(18) J. MYNSINGER, *Responsorum iuris, sive consiliorum decades decem, sive centuria integra*, Basileae, Ex officina Hieronymi Gemusaei, 1596, Responsum XVI, p. 134. Il riferimento è a D.50.16.15: « Bona civitatis abusive publica dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt ». Su alcuni passaggi dell'itinerario che ha condotto la cultura giuridica medievale a individuare come 'respublica' la città cfr. E. CONTE, *Res Publica. Il modello antico, la politica e il diritto nel XII secolo*, in *Iuris Historia. Liber amicorum Gero Dolezalek*, Berkeley, Robbins Collection Publications, 2008, pp. 193-212.

(19) N. LOSAEO, *Tractatus de iure universitatum*, Lugduni, Antonii Chard, 1627, Pars I, c. 2, pp. 38-39.

(20) ALTHUSIUS, *Politica*, cit., IX, 3, p. 508.

(21) Ivi, IX, 4, p. 508.

ta'), dall'altro lato 'universitas' ('communitas', 'civitas', 'respublica'): sono queste le principali componenti di un campo semantico entro il quale fa una sua timida comparsa il neologismo 'autonomia'. Ovviamente, l'occorrenza di 'autonomia' in quel contesto non esclude la simultanea presenza di questo lemma in campi semantici diversamente composti (penso ad esempio al dibattito sulle confessioni religiose richiamato da Luca Mannori ⁽²²⁾).

L' 'autonomia' dunque (almeno all'interno del campo semantico prima menzionato) sembra strettamente collegarsi, senza significative discrasie, con 'libertas'. Proprio perché associata a 'libertas', 'autonomia' si presta ad essere impiegata secondo due diverse, ma non incompatibili modalità: come autonomia (per dirla con un'antica terminologia) in senso assoluto (*simpliciter*) oppure come autonomia in senso relativo (*secundum quid*). Libera o autonoma può esser detta tanto un'entità politico-giuridica priva di qualsiasi vincolo nei confronti di un'istituzione (a qualche titolo) sovrastante quanto una comunità tenuta al riconoscimento di un 'superior' (quale l'imperatore). In entrambi i casi resta fermo il decisivo nucleo semantico: una *civitas* o *respublica* è libera o autonoma in quanto dispone degli elementi necessari e sufficienti per esistere come entità unitaria (come un' *universitas* non riducibile ad una mera molteplicità di elementi), quale che sia il regime dei rapporti da essa intrattenuti con altri centri di potere.

Connotare come 'autonoma' (o 'libera') una 'universitas', che è una 'civitas' e una 'respublica', permette dunque di sottolineare il carattere unitario e coeso di questa entità politica e la sua capacità di governare se stessa, ma non induce a 'drammatizzare' il rapporto con un'entità superiore (l'impero) né a raccomandare (per la 'civitas' o 'respublica') un determinato regime politico.

3. *Dall'antiquaria sei-settecentesca alle Antiquitates muratoriane: 'autonomia', 'libertas', 'autocratia'.*

Althusius, Losaeus, Gentili sono voci di una tradizione discorsiva che si confronta direttamente con le realtà politico-giuridiche

(22) MANNORI, *Autonomia*, cit.

dei loro tempi: queste realtà hanno un 'passato', ma, per questi autori, il passato è, sì, un'esperienza di cui dar conto, ma non è l'oggetto di una specifica e autonoma attenzione. Al contrario, è un'onnivora 'curiosità' nei confronti di mondi lontani (soprattutto del mondo greco e romano) che stimola la letteratura 'antiquaria' sei-settecentesca e favorisce, nel corso del Settecento, una vera e propria tematizzazione 'storiografica' delle città medievali.

Gli studiosi sei-settecenteschi del mondo antico (e in particolare delle monete e delle iscrizioni greco-romane) sono prodighi di informazioni sul significato del termine 'autonomia'. Ne è un importante esempio Ezechiel von Spanheim, nato a Ginevra nel 1629, impegnato in missioni politico-diplomatiche in varie capitali europee e autore di opere che continueranno ad essere ampiamente utilizzate in tutto il Settecento.

Spanheim non si occupa delle città medievali e dei loro privilegi, ma, interessato al mondo greco e romano, non può non imbattersi nel termine 'autonomia' (che ricorre con molta frequenza nella letteratura come nelle iscrizioni e nelle monete) e si interroga sul suo significato. La sua risposta è univoca: autonomia significa libertà. Il titolo del capitolo IX del suo *Orbis romanus* esprime in sintesi la sua tesi: « De Autonomia seu libertate suarum legum variis gentibus aut civitatibus relicta, post Antonini constitutionem » (23). Le pagine che seguono portano numerosissimi esempi testuali che servono a dimostrare che 'libertas' traduce puntualmente 'αὐτονομία'.

I greci usano indifferentemente 'libertà' e 'autonomia' (24) e 'libertas' a sua volta coincide con lo spazio semantico dell'uno e dell'altro termine greco. Data la soverchiante potenza romana, la fonte della libertà o autonomia è ovviamente una concessione della potenza dominante, un privilegio (25), ma ciò che interessa Spanheim è la determinazione del suo contenuto. Il suo nucleo essenziale

(23) E. SPANHEMII *Orbis Romanus* ..., Halae et Lipsiae, Ernest Gottlieb Crugii, 1728, p. 189.

(24) « Promiscuo usu apud Graecos vocum αὐτονομίου pro ἐλευθέρου » (ivi, p. 203).

(25) « Illud Libertatis vel Autonomiae privilegium » (E. SPANHEMII *Dissertationum de praestantia et usu numismatum antiquorum volumen alterum*, Amstelaedami, Apud Wetstenios, 1718, Dissertatio Decima Tertia, II, De liberis seu foederatis urbibus et populis in nummis Caesarianis, p. 584).

è la « cupiditas suarum legum », lo « jus illud suarum legum (prout a Romanis Scriptoribus, Caesare, Cicerone, Livio, aliisque, quod a Graeci una *αὐτονομία* voce dicitur) [...] » (26). La 'libertà-autonomia' è la possibilità (concessa dalla potenza dominante a un popolo a qualche titolo da essa dipendente e con essa collegato) di far uso delle proprie leggi. A questo nucleo essenziale può però aggiungersi anche il potere di creare magistrature proprie e anche di essere esonerato dall'intromissione di qualsiasi potere esterno (come è avvenuto per Cartagine dopo la seconda guerra punica (27)).

È dalle documentatissime pagine di Spanheim che dipendono le considerazioni svolte da Ottaviano Guasco in una dissertazione del 1748, dedicata all'autonomia delle città sottomesse a una potenza straniera (28). L'autore utilizza ampiamente il materiale già messo in luce dalla letteratura 'antiquaria' precedente e in particolare da Spanheim. Anche per Guasco, 'libertà' e 'autonomia' in Grecia sono sostanzialmente sinonimi e 'libertà' conferma i significati già acquisiti: « la principale partie de cette liberté qu'on désignoit par le mot Autonomie, consistoit dans le libre usage de ses anciennes loix [...], le choix libre des Magistrats qui administrassent la Justice et gouvernassent la chose publique, l'indépendance de la Ville Autonome à certains égards des Magistrats envoyées dans les Provinces par la Puissance dominatrice [...], la conservation des Terres ou Domaine de ces espèces de Républiques » (29).

Di nuovo, la libertà-autonomia sembra indicare, da un lato, la capacità di una città o di un regno di agire immuni da qualsiasi vincolo e controllo, e, dall'altro lato, la possibilità che una potenza dominante concede a una città o a un regno di preservare il loro assetto politico-giuridico. In questo caso, la libertà-autonomia può essere più o meno ampia (dal mantenimento delle proprie leggi all'esonazione da qualsiasi intromissione esterna) ed ha come limite

(26) SPANHEMII *Orbis Romanus*, cit., p. 191.

(27) « Plena vero existit et mera autonomia, qualis in belli Punici secundi exitu, Carthaginiensibus est a Romanis relicta, ut liberi legibus suis viverent et quidem liberi, sicut antea fuerant » (ivi, p. 195).

(28) O. GUASCO, *Dissertation sur l'autonomie des villes et des peuples soumis à une Puissance étrangère*, in ID., *Dissertations historiques, politiques et littéraires*, Tome Second, Tournai, Chez la veuve D. Varlé, 1756. Cfr. MANNORI, *Autonomia*, cit.

(29) Ivi, p. 186.

soltanto il riconoscimento della « majesté et puissance »⁽³⁰⁾ dell'entità dominante.

Cambiano le realtà di riferimento, le fonti e soprattutto la 'domanda previa' e il senso dell'operazione interpretativa, in questa antiquaria sei-settecentesca, ma la semantica di 'autonomia' e di 'libertà' non è troppo diversa da quella ricavabile da Althusius o da Schilter: 'autonomia' equivale a '*libertas*' e '*libertas*' è un'espressione a geometria variabile, capace di espandersi da un minimo a un massimo senza bisogno di ulteriori specificazioni.

Sono però proprio la flessibilità e la latitudine del termine che cominciano a sollevare qualche perplessità. Nella sua *Dissertation* Guasco dà conto di una lettera inviategli da un suo amico e interlocutore d'eccezione — Montesquieu⁽³¹⁾ — che lamenta l'insufficiente distinzione fra realtà diverse (fra una Cartagine totalmente indipendente e una qualsiasi città soggetta al dominio di Roma) e suggerisce — senza peraltro convincere l'autore della *Dissertation*⁽³²⁾ — di introdurre a questo scopo una qualche significativa differenza fra libertà e autonomia.

Peraltro, già qualche anno prima delle osservazioni di Montesquieu, anche Scipione Maffei manifestava la sua insoddisfazione nei confronti « degli studiatiissimi volumi de' moderni dotti »⁽³³⁾, rei di avere confuso fra loro cose diverse: a partire proprio da Spanemio, per il quale la libertà di una città consisteva « nell'aver i proprj Magistrati e nel viver con le sue leggi »⁽³⁴⁾. In questo caso però non di libertà, ma di autonomia conviene parlare. Autonome, « suilege »⁽³⁵⁾, furono numerosissime città sotto i Romani e poche invece le libere. « In che dunque consisteva, e che inferiva propriamente la libertà? Inferiva l'esenzone e l'indipendenza da' Presidi »⁽³⁶⁾. La libertà non coincide per Maffei con la preservazione dell'ordinamento, ma con l'esenzone dal controllo di un *superior* (e infatti, si chiede

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 197, p. 242.

⁽³¹⁾ Ivi, pp. 281-84.

⁽³²⁾ Ivi, p. 284 e ss.

⁽³³⁾ S. MAFFEI, *Verona illustrata*, Parte Prima, Milano, Dalla Società Tipografica de' Classici Italiani, 1825, p. 81.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 82.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 83.

retoricamente Maffei, « a quante città oggi giorno ancora si lasciano i loro Statuti, che non per questo son libere? » (37)). Nemmeno Maffei però sembra mettere in discussione la possibilità che una città possa dirsi libera pur riconoscendo la « majesté et puissance » (per dirla con Guasco) di un'entità dominante.

Non sembra dunque che la lettura antiquaria delle fonti greche e romane giunga, pur battendo strade diverse, a conclusioni molto diverse dalla trattatistica politico-giuridica cinque-seicentesca (a sua volta attenta ad utilizzare le *opinionones* della civilistica medievale): in ogni caso, là dove si parla (sporadicamente) di 'autonomia', essa viene fatta coincidere con una '*libertas*' che ruota intorno alla capacità di autogoverno di una comunità, senza che una siffatta '*libertas*' entri in rotta di collisione con il potere sovrastante (essenzialmente con il ruolo dell'impero).

È in questo contesto che prende forma la grande impresa muratoriana: non una raccolta di curiosità erudite, ma il tentativo di ricostruire uno sviluppo coerente, un vero e proprio 'processo' sociale e politico; non un'analisi del mondo antico, ma uno studio ravvicinato dei 'secoli bui'; non una ricognizione del passato dall'interno di un discorso funzionale al presente, ma un'attenzione al passato sospinta da una *curiositas* che può dirsi ormai ('modernamente') storiografica. Se si aggiunge a ciò l'interesse muratoriano per gli aspetti giuridici e istituzionali del processo storico, sarà facile condividere l'invito di Giovanni Tabacco a « cogliere nelle *Antiquitates* principalmente una prima forma di *Verfassungsgeschichte* » (38).

In questa antesignana storia politico-costituzionale il sorgere

(37) *Ibidem*.

(38) G. TABACCO, *Muratori medievista*, in « Rivista Storica Italiana », LXXV, 1973, 1, p. 203. Cfr. anche G. TABACCO, *La città italiana fra germanesimo e latinità nella medievistica ottocentesca*, in *Italia e Germania. Immagini, modelli, miti fra due popoli nell'Ottocento: il Medioevo*, a cura di R. Elze e P. Schiera, Bologna-Berlin, il Mulino-Duncker & Humblot, 1988, pp. 23-42; S. GRASSI, *Città e identità nazionale nelle Dissertazioni di L.A. Muratori*, in A. BARTOLI LANGELI, G. CHAIX, *La mémoire de la cité: modèles antiques et réalisations renaissantes*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 245-289; E. TAVILLA, *Ludovico Antonio Muratori*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 237-40; I. BIROCCHI, *Muratori, Ludovico Antonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013, vol. II, pp. 1397-1400.

del Comune cittadino gode di una particolare visibilità. Quali siano le scelte lessicali di cui Muratori si avvale è già chiaro dal titolo della *Dissertatio Quadragesima*: « De assumpta a civitatibus italicis reipublicae forma atque origine libertatis in iis ». I due termini chiave sono 'libertas' e 'respublica'. Il lento e graduale distacco (e sulla complessità e gradualità del processo Muratori non manca di insistere) delle città dall'obbedienza « Comiti aut Castaldo » giunge a compimento quando esse assumono « reipublicae formam ac regimen » ovvero divengono capaci di esercitare tutti quei poteri « quae ad liberas, suique juris urbes pertinent » (39).

Muratori segue da vicino la parabola dei Comuni cittadini: il loro progressivo distacco dai poteri sovrastanti, il conflitto con l'imperatore, le trasformazioni istituzionali (dai consoli al podestà), le aspirazioni espansionistiche. Per dar conto di questo variegato processo, egli si avvale di strumenti lessicali che gli permettono di cogliere l'effettiva dinamica di cui intende dar conto. L'espansione del comune (sollecitata, nei « rerum publicarum Rectores » da una « dominationis cupido » (40) dalle assonanze machiavelliane) si traduce nell'acquisizione della « iurisdictionem cum territorio ». Il governo della città si regge sulla pienezza dei poteri di cui le istituzioni dispongono: l'autorità del podestà « suprema fuit, qualem principes exercere solent » (tanto coloro che erano chiamati a quella funzione « dicebantur 'andare in Signoria', hoc est ire ad dominandum » (41)).

Muratori impiega un lessico collaudato per sottolineare l'effettività del potere esercitato dalle città. Non è la dimensione 'partecipativa' che egli valorizza in esse, ma la loro capacità di governare se stesse senza interferenze esterne: il conseguimento della « libertas » e l'assunzione della « reipublicae forma » ('libertas' e 'respublica' formano ricorrentemente un'endiadi) si traducono nella nomina di magistrati capaci di trattare della pace e della guerra, di fare patti con le potenze vicine e di tenere a bada « domi potentes ac

(39) L.A. MURATORI, *Antiquitates Italicae Medii Aevi sive Dissertationes...*, Tomus Quartus, Mediolani, Ex typographia societatis Palatinae, 1741, *Dissertatio Quadragesimaquincta*, cc. 3-4.

(40) Ivi, *Dissertatio quadragesimaseptima*, c. 159.

(41) Ivi, *Dissertatio quadragesimasexta*, c. 74.

seditiosos » (42). È la capacità governante e autogovernante del comune che viene ad essere compendiata dal nesso '*libertas-respublica*'.

Ed è proprio applicando questo decisivo parametro che Muratori allarga lo sguardo oltre l'Italia per informare il lettore che il processo di affermazione del potere cittadino nasce in Italia, ma si diffonde anche altrove: in Germania, dove pure le città assumono « reipublicae formam ac jura », in Francia, in Belgio. Viene seguito ovunque l'« Italicorum exemplum », ma con minore audacia. Anche in questi paesi le fonti parlano di « Communia, Communitates, sed saepius Communiae », ma ciò che differenzia le comunità transalpine dai Comuni italiani è, di nuovo, la « jurisdictio » e lo « jus dominandi ». I Comuni francesi nominano, sì, i loro magistrati, ma il loro potere è assai inferiore a quello delle « Civitates Italicae », la cui libertà coincide con la pienezza dei poteri, con il « principatus », di cui esse godono. È questo l'elemento qualificante, tanto da indurre Muratori a introdurre, per esprimerlo efficacemente, un'espressione insolita: « autocratia » (43).

È in una siffatta espressione che il nesso '*iurisdictio-libertas-respublica*' trova una sua efficace determinazione: l'elemento cui guarda Muratori per indicare la caratteristica peculiare delle città italiane è il *kratos*, più che il *nomos*, la capacità di governare efficacemente se stesse. È questa per Muratori la posta in gioco nella formazione dei Comuni in Italia, tanto che addirittura « Terrae et Castella non pauca paribus animis ad autocratiam anhelarunt [...] » (44). È l'autocrazia l'elemento che permette di riferire alla comunità cittadina il termine '*respublica*'. Muratori è consapevole della sua risalente polisemia (45), ma non esita ad attribuire alla città

(42) Ivi, c. 49.

(43) Dissertatio Quadragesimaquincta, c. 31.

(44) Ivi, c. 38.

(45) Con il termine '*respublica*' si è inteso « Principatus, Regnum, Imperium, Fiscus, neque aliud fuit Romana Respublica, nisi ditio Imperatoris Romanorum » (L.A. MURATORI, *Antiquitates Italicae Medii Aevi, sive Dissertationes ...*, Tomus Primus, Mediolani, Ex Typographia Societatis Palatinae, 1738, Dissertatio Decimoctava, cc. 987-88).

una 'Reipublicae forma' ⁽⁴⁶⁾ non appena emerga in essa un'effettiva capacità di autogoverno. È questo il tratto che egli ritiene decisivo al punto da introdurre, per esprimerlo, un'espressione ricalcata sulla lingua greca, come 'autonomía', ma più forte: 'autocrazia'.

4. *L'affiorare di un nuovo « Erwartungshorizont » nel secondo Settecento.*

Muratori pone le basi di una futura *Verfassungsgeschichte* (e si propone come un indispensabile riferimento per tanta letteratura sette-ottocentesca). Al contempo, il lessico di cui egli fa uso per mettere a fuoco il processo di formazione e di affermazione dei Comuni medievali affonda le radici in una lunga tradizione, certo non immobile, ma fortemente conservativa delle proprie categorie. Facendo leva su un lessico sperimentato ('*iurisdictio*', '*imperium*', '*potestas*' ecc.) Muratori fa coincidere la '*libertas*' della '*respublica*' cittadina con la pienezza dei suoi poteri di governo (e non esita a ricorrere a questo scopo a un'insolita espressione quale 'autocrazia').

Quale è la visione del passato e del suo rapporto con il presente che sta prendendo forma in modo tanto più netto quanto più ci si addentra nella seconda metà del Settecento? Credo che sia illuminante la celebre distinzione koselleckiana fra « Erfahrungsraum » ed « Erwartungshorizont », fra lo « spazio dell'esperienza » e « l'orizzonte dell'aspettativa » ⁽⁴⁷⁾. Per Koselleck queste due categorie hanno una valenza metastorica, sono elementi trascendentali (in senso kantiano) dai quali dipende la possibilità stessa di un 'tempo storico'. Tuttavia, anche se l'« Erfahrungsraum » e l'« Erwartungshorizont » hanno il carattere di vere e proprie costanti antropologiche, muta storicamente il peso specifico attribuita all'una

⁽⁴⁶⁾ Tanto da avanzare l'ipotesi che già addirittura prima dell'XI secolo potesse essersi in qualche modo conservata « reipublicae sive Communitatis forma in Urbibus » (ivi, c. 1009).

⁽⁴⁷⁾ R. KOSELLECK, '*Spazio di esperienza*' e '*orizzonti di aspettativa*': due categorie storiche, in ID., *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, 1986, pp. 300-322. Cfr. L. SCUCCIMARRA, *La Begriffsgeschichte e le sue origini intellettuali*, in « *Storica* », 10, 1998, pp. 7-99; L. SCUCCIMARRA, *Temporalità ed esperienza storica. Note sulla Historik di Koselleck*, in « *Storica* », 38, 2007, pp. 65-89; D. FUSARO, *L'orizzonte in movimento: modernità e futuro in Reinhart Koselleck*, Bologna, il Mulino, 2012.

o all'altra. Per il fondatore della *Begriffsgeschichte*, un drastico mutamento ha luogo fra Sette e Ottocento e coincide con l'avvento della modernità: se nel mondo premoderno prevale la certezza che la tradizione (lo spazio dell'esperienza trascorsa) dia le chiavi della comprensione del presente e indichi i binari lungo i quali scorrerà l'esperienza futura (assunta come sostanzialmente continua con l'esperienza passata), nel passaggio alla modernità il rapporto fra passato e futuro viene rovesciato e il passato viene interrogato a partire da un presente che si protende verso il futuro, viene immesso in un 'orizzonte di aspettative' che dà senso alle esperienze trascorse in quanto le proietta in un futuro diverso e 'migliore'.

In questo profondo rimescolamento delle categorie della temporalità anche i concetti politico-giuridici e politico-sociali vengono sottratti alle loro radici, allo spazio dell'esperienza consolidata, per essere ridefiniti, plasmati dallo slancio verso il futuro, costretti a trasformarsi in *Erwartungsbegriffe* e in *Bewegungsbegriffe*.

In Muratori una siffatta trasformazione sembra essere ancora agli albori. La sua attenzione al mutamento e la sua acuta percezione del carattere 'processuale' della dinamica storico-sociale coesistono con un atteggiamento umanisticamente 'curioso' nei confronti del passato, più che proteso a immergerlo nel vortice della 'futurizzazione'. Proprio per questo, '*libertas*' (costantemente associata a '*respublica*') trae il suo significato principale (la 'autocrazia') dalla tradizione, che viene ricostruita dal suo interno, piuttosto che sollecitata verso esiti nuovi e imprevisi.

In testi di poco successivi compare però qualche segnale di un più netto mutamento di clima: se non è ancora drasticamente mutato il regime dei rapporti fra passato, presente e futuro, nuove domande sembrano tuttavia emergere. A favorirne la formulazione è anche il diverso angolo visuale: se Muratori si era concentrato sulle 'repubbliche' italiane pur dando conto della parabola delle città transalpine, avviene il reciproco in testi anglo-scozzesi e francesi degli anni sessanta-settanta del Settecento.

Nella sua *History of the Reign of the Emperor Charles V* (48), pubblicata nel 1769, William Robertson descrive lo sviluppo delle

(48) W. ROBERTSON, *History of the Reign of the Emperor Charles V with a View of the Progress of Society in Europe*, vol. I, London, Straham, 1769.

città in Europa a partire dall'XI secolo: le città vengono formando, in Inghilterra come in Francia, Germania, Spagna ed Italia, « communities, corporations, or bodies politick » dotate di una « municipal jurisdiction » ⁽⁴⁹⁾, divengono « little republicks » e assumono la libertà come « an essential and characteristic part in their constitution » ⁽⁵⁰⁾. Da un lato, 'universitas', 'communitas', 'respublica', dall'altro lato, 'libertas': il lessico sembra 'muratorio' (e in effetti lo storico scozzese non manca di onorare il suo debito nei confronti di Muratori) e tuttavia si profilano interessanti slittamenti semantici. Per Robertson l'accento cade sullo « spirit of industry » rivitalizzato dalla svolta 'comunale' e sull'ispirazione anti-feudale che la pervade e la libertà evoca non tanto la 'autocrazia' muratoriana, quanto uno spazio soggettivo favorevole al fiorire dei commerci. Oppressi dalla « arbitrary jurisdiction » dei signori feudali, « deprived of the natural, and most unalienable rights of humanity », gli individui « could not dispose of the effects which their own industry had acquired » e di conseguenza « became impatient to shake off the yoke of their insolent lords, and to establish among themselves such a free and equal government as would render property secure, and industry flourishing » ⁽⁵¹⁾.

L'esperienza comunale è un passo verso una nuova (potremmo dire 'moderna') libertà che ruota intorno alla proprietà e ai commerci, ha bisogno di un « free and equal government » in modo da « render property secure, and industry flourishing » e trova il suo completamento in una costituzione rappresentativa che permette alla città di divenire « a decisive voice in enacting laws » ⁽⁵²⁾.

Pochi anni dopo la pubblicazione della *History* di Robertson, un'opera di un altro scozzese — l'*Inquiry* ⁽⁵³⁾ di Adam Smith, del 1776 — procede nella stessa direzione. Il terzo capitolo del Libro Terzo, dedicato al « Rise and Progress of Cities and Towns, after the Fall of the Roman Empire », si muove in una prospettiva analoga a

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 31.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 36.

⁽⁵¹⁾ Ivi, pp. 31-32.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 37.

⁽⁵³⁾ A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, E. Cannan ed., London, Methuen, 1904.

quella illustrata da Robertson: le città medievali — e innanzitutto le città italiane ⁽⁵⁴⁾ — creano e diffondono una nuova ricchezza e a dare un indispensabile impulso alla nuova economia urbana è la libertà, associata alla « security of individuals » e all'« order and good government » ⁽⁵⁵⁾.

Una siffatta libertà è destinata a scontrarsi con l'assetto e con i valori della società feudale. Nella lotta contro i signori feudali però le città non sono sole: « the burghers naturally hated and feared the lords. The king hated and feared them too [...]. Mutual interest, therefore, disposed them to support the king, and the king to support them against the lords » ⁽⁵⁶⁾. La libertà delle città (che coincide con il fiorire dei commerci e con la sicurezza dell'individuo), lungi dall'essere ostacolata da un potere sovrastante (il potere del re), trova in esso un tramite provvidenziale.

È proprio il rapporto con un'autorità superiore che differenzia, per Smith, le città francesi e inglesi dalle città italiane. Queste ultime, dal momento che il sovrano — l'imperatore — « came to lose the whole of his authority », « generally became independent republics », mentre in Francia e Inghilterra, data la permanenza dell'autorità sovrana, « the cities had no opportunity of becoming entirely independent ». In Italia però le città sono divenute, sì, indipendenti, ma hanno pagato la loro supremazia con la fragilità e hanno concluso la loro parabola nel XVI secolo, mentre in Inghilterra e in Francia esse sono divenute parte organica del regno inviando « deputies to the general assembly of the states of the kingdom ».

Anche per Smith è la libertà il prisma attraverso cui guardare alla città medievale, a patto però di non identificare la 'libertà' con la (muratoriana) 'autocrazia'. La libertà della città trova nell'indipendenza non la sua immanente destinazione di senso, ma la radice della sua dissoluzione. La libertà fiorisce nella misura in cui la città, che ne è indubbiamente la culla e l'alfiere, si apre a un rapporto positivo, sinergico, con un potere sovrastante. Distinta concettual-

⁽⁵⁴⁾ « The cities of Italy seem to have been the first in Europe which were raised by commerce to any considerable degree of opulence » (ivi, p. 378).

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 376.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, pp. 374-375.

mente dall'indipendenza, la libertà è non tanto il contrassegno di una *'universitas'* (come la tradizione di *'ius commune'* aveva continuamente ripetuto) quanto la condizione di vita dei cittadini. La libertà è *nella* città, piuttosto che *della* città.

È la 'libertà dei moderni' lo schema che Smith impiega per gettare un ponte fra il passato e il presente e di questa libertà le città medievali sono state un tramite importante nella misura in cui hanno accettato di essere parti di una totalità che le include e le valorizza (attraverso il dispositivo della rappresentanza).

Nella Francia coeva, l'atmosfera dominante è profondamente diversa: se in Inghilterra Blackstone non esitava ad affermare la sostanziale continuità e armonia fra il *common law* e i dettami del diritto naturale, in Francia si moltiplicano le denunce dell'insopportabile discrasia fra i diritti dell'uomo e l'esistente assetto politico-sociale. La drammatica contrapposizione fra ciò che dovrebbe essere e ciò che è pervade la letteratura riformatrice e incide sulla rappresentazione non solo del presente ma anche del passato della Francia. L'Inghilterra è un'isola (un'isola felice, per molti dei riformatori continentali) e tuttavia nella storia dei due paesi non mancano contatti e analogie.

Un punto di contatto è il ruolo della città. Il tema della formazione delle comunità cittadine era stato illustrato da una letteratura erudita di cui il *Glossarium* di Du Cange⁽⁵⁷⁾ (utilizzato e citato anche da Muratori) era la più celebre testimonianza. Nella prospettiva dei riformatori settecenteschi però il fiorire delle città dopo il Mille diveniva un fenomeno che occorreva comprendere raccordandolo alla critica del presente e alle aspettative di un futuro diverso. E lo schema cui ricorrere non è diverso da quello adottato negli stessi anni dalla letteratura d'oltre Manica: tanto per gli inglesi quanto per i francesi è decisivo il rapporto fra le città e il re.

Mably nelle sue *Observations sur l'histoire de France*⁽⁵⁸⁾, del 1765, accoglie sostanzialmente questa impostazione. Le scelte terminologiche e il quadro di insieme sono ormai collaudati e ruotano

(57) Ch. du Fresne DU CANGE, *Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis*, Lugduni, Rigaud, 1688.

(58) G. BONNOT DE MABLY, *Observations sur l'histoire de France*, Tome Second, Geneve, Par la Compagnie des Libraires, 1765.

intorno a ‘comunità’, ‘repubblica’, ‘libertà’. « Les Villes devinrent en quelque sorte de petites Républiques », gestite dai cittadini stessi, disposti a formare milizie e a difendersi da soli. « Les Communes, en un mot, acquirent le droit de guerre »⁽⁵⁹⁾ e « se firent des Officiers, une Jurisdiction et des droits »⁽⁶⁰⁾. Il nemico sono i signori feudali e un interlocutore indispensabile è il re: a partire da quel Luigi VI il Grosso cui tradizionalmente si attribuiva il ruolo di primo artefice dell'*affranchissement* dei comuni. Su Luigi il Grosso, Mably non risparmia l'ironia accennando alle motivazioni venali del suo operato⁽⁶¹⁾. Il re ha avuto un suo ruolo comunque, anche per Mably, ma ciò che più conta è che, con la rivoluzione comunale, si comincia a distinguere fra « les droits de la souveraineté » e « le rapines de la tyrannie »⁽⁶²⁾.

Le istanze del presente inducono a concentrare l'attenzione su un triangolo (città-sovrano-signori feudali), nella convinzione che nei rapporti fra i suoi vertici si fosse sviluppata una dinamica la cui portata andava ben oltre i confini del medioevo. Era possibile rintracciare in essa un'iniziativa dal basso che può aver bisogno del sovrano come alleato, ma ha in sé la consapevolezza di essere portatrice « des droits que la nature donne à tous les hommes » e che si chiama « le droit de Commune ou de Communauté »⁽⁶³⁾. La libertà che la città rivendica è un episodio nella faticosa riappropriazione dei diritti denegati dalla tirannia e un momento di una « révolution générale des esprits »⁽⁶⁴⁾ e la città stessa deve essere considerata come lo snodo di un processo politico più ampio.

La libertà della città è ormai qualcosa di più e di diverso della sua 'autocrazia' e comunque, quali che siano il suo significato e la sua portata storica, non può più essere compresa e definita restando nei confini della *respubblica* cittadina. Nella letteratura francese e inglese tale convinzione emerge in tutta evidenza, suggerita dal rapporto effettivamente sviluppatosi fra le città e il sovrano in Francia e in

⁽⁵⁹⁾ Ivi, Tome Seconde, pp. 99-10.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 102.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 97.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 101.

⁽⁶³⁾ Ivi, pp. 97-98.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 101.

Inghilterra. Anche in Italia, comunque, la necessità di collocare la 'libertà' in un rapporto di tensione con un potere sovrastante comincia a lasciare qualche traccia. Certo, anche Muratori non manca di informarci sui conflitti fra i Comuni e gli imperatori e sul rapporto fra la *iurisdictio* della città e la *iurisdictio* imperiale, ma non sembra fare di questo rapporto un elemento decisivo nella messa a punto del concetto di 'libertà', in qualche misura memore dell'antica tradizione, per la quale una città 'libera' è una città sottomessa — soltanto — all'imperatore.

Sembra già più incline a una più esplicita problematizzazione di questo aspetto Carlo Denina, nella sua fortunata opera sulle *Rivoluzioni d'Italia* ⁽⁶⁵⁾, nonostante la sua dichiarata dipendenza dall'opera muratoriana. Per Denina, è legittimo un parallelo fra le « repubbliche Italiane de' mezzi tempi » e le « Italiche antiche ». Siamo di fronte a comunità, in entrambi i casi, fiere, avvezze a una vita dura, dominate dal medesimo « sovrano amor della patria » ⁽⁶⁶⁾, caratterizzate dai medesimi conflitti (dalle « querele continue della plebe contro i patrizi » ⁽⁶⁷⁾). Vi sono però due differenze: da un lato, l'incidenza della Chiesa e, dall'altro lato, l'irrisolto problema del rapporto con l'autorità superiore. Le repubbliche medievali sono 'libere', ma il contenuto di questa libertà è rimasto incerto, perché non è stata spezzata la dipendenza da un potere sovrastante, da « un estero potentato, qual era il re di Germania »; e da ciò nascevano « le dispute eterne che quasi d'anno in anno si levavano tra gl'Italiani e i Tedeschi, e che fecero sempre camminar brancolando e a passi dubbii e mal sicuri il governo delle nuove repubbliche » ⁽⁶⁸⁾.

5. *La 'libertà repubblicana' della città: Adams e Sismondi.*

Qualcosa comincia a cambiare, nel secondo Settecento, nelle aspettative che si nutrono nei confronti dei comuni medievali, ma una decisiva 'accelerazione' (nel senso koselleckiano del termine)

⁽⁶⁵⁾ C. DENINA, *Delle rivoluzioni d'Italia Libri Venticinque*, Venezia, Tipografia di Alvisopoli, 1816.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, vol. III, p. 377.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 375.

⁽⁶⁸⁾ Ivi, p. 378.

interviene con la prima ‘rivoluzione’ di fine Settecento, quando le ex-colonie inglesi nel Nord-America decidono di dar vita a una nuova repubblica: a un grande Stato, che fosse capace di smentire nei fatti la tesi di Montesquieu, che pretendeva di legare la forma della repubblica al ‘piccolo Stato’ (ormai al tramonto). Nel tumultuoso slancio progettuale che anima i dibattiti nel corso della guerra d’indipendenza e del processo costituente, l’esigenza di interrogare il passato per affrontare le urgenze del presente e costruire il futuro è forte e diffusa. È ai grandi testi greci e latini che si rivolgono i ‘padri fondatori’ (una élite culturale e sociale educata a una frequentazione diretta dei ‘classici’ ⁽⁶⁹⁾), ma non meno utilizzata è la letteratura filosofico-politica e giuridica dell’Inghilterra settecentesca e, attraverso la sua mediazione, è rilevante anche l’influenza di Machiavelli ⁽⁷⁰⁾.

L’Italia (l’Italia medievale) sembra restare in ombra. In realtà, non mancano riferimenti ad essa, favoriti da scambi culturali molto intensi fra i ‘coloni’ americani e l’Europa. Se però gli accenni all’Italia medievale sono per lo più rapidi ed esemplificativi, un’approfondita illustrazione dei Comuni italiani è offerta da un celebre testo: la *Defence* ⁽⁷¹⁾ di John Adams. Occasionata dall’esigenza di respingere le critiche di Turgot al bicameralismo, l’opera di Adams va ben oltre lo spunto iniziale e si dedica, in più di un migliaio di pagine, a un’impegnativa ricostruzione tanto delle principali teorie del governo repubblicano (dagli autori antichi fino a Harrington, a Sidney, a Needham) quanto delle repubbliche, da Atene e Sparta fino a Firenze, Venezia e altre numerose città italiane. Le città italiane occupano addirittura più spazio, nell’opera, delle repubbliche antiche, ma l’obiettivo dell’autore è il medesimo: studiare le repubbliche del passato (antiche e medievali che siano) nella convinzione che le loro caratteristiche e i loro difetti siano simili e che

⁽⁶⁹⁾ Cfr. D.J. BEDERMAN, *The Classical Foundations of the American Constitution*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2008.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *Machiavelli’s Liberal Republican Legacy*, P.A. Rahe ed., Cambridge University Press, Cambridge 2006.

⁽⁷¹⁾ J. ADAMS, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America*, in Id., *Works*, Boston, Little and Brown, 1851, voll. IV-VI.

occorra conoscerli a fondo allo scopo di costruire una repubblica nuova e diversa.

In questa prospettiva, Adams offre una descrizione ravvicinata (anche) delle repubbliche italiane (impara a questo scopo l'italiano e fa incetta a Londra di libri italiani ⁽⁷²⁾) e trae da questo cospicuo materiale continue conferme delle sue tesi di fondo (condivise dagli altri 'costituenti'): il carattere irrimediabilmente conflittuale delle antiche repubbliche, l'impossibilità dell'egualitarismo radicale, il ruolo dell'aristocrazia e — tesi centrale, ancorché destinata a minori fortune nell'ambiente americano — l'eccellenza del 'governo misto'.

Non possiamo seguirlo in questa direzione. Ciò che preme sottolineare è soltanto l'immagine della città medievale tratteggiata (o meglio presupposta) dalle pagine di Adams: la città come 'repubblica'. Certo, Muratori (ben noto anche ad Adams) aveva studiato il processo attraverso il quale la comunità cittadina aveva gradualmente conseguito la 'libertà' e la *reipublicae forma*. La *respublica* per Muratori è la città libera in quanto capace di governare se stessa, rimanendo fermi, sullo sfondo, i temi della distinzione fra 'fatto' e 'diritto' e del rapporto della città con un'autorità superiore.

Le diverse gradazioni della 'libertà' e la collocazione della città in una complessa geografia di poteri non interessano ad Adams. Egli muove dalla 'convinzione previa' che gli ordinamenti antichi, medievali e moderni abbiano la medesima 'essenza', salvo differire per dimensioni e assetti, e proprio per questo meritino di essere attentamente studiati. Atene e Sparta, Firenze e Venezia sono molto vicine. Esse narrano una favola che ci riguarda direttamente. Ci riguarda tanto per le analogie quanto per le differenze.

Analoghe per 'essenza', in quanto tutte entità politiche perfettamente compiute, le repubbliche, antiche e moderne, sono simili fra loro anche per i principî e i valori che sottendono: quei valori che una lunga tradizione, appunto, 'repubblicana', ha consegnato nelle mani dei costituenti in America. Certo, le differenze sono rilevanti: il piccolo Stato del mondo antico e medievale ha difficoltà e risorse

(72) P. DEL NEGRO, *John Adams e le repubbliche italiane: Venezia e Firenze*, in A.M. MARTELLONE, E. VEZZOSI, *Fra Toscana e Stati Uniti. Il discorso politico nell'età della costituzione americana*, Firenze, Olschki, 1989, p. 170. Cfr. anche E. GABBA, *L'eredità classica nel pensiero di John Adams*, in « Rivista storica Italiana », 108, 1996, pp. 872-896.

diverse dal grande Stato del presente; e le soluzioni costituzionali adottate dalle antiche repubbliche sono state fallimentari e hanno contribuito a determinare la loro fragilità e caducità. Registrare le differenze e denunciare le insufficienze ha però senso proprio perché, al di là delle apparenze, il presente (e il futuro) sono strettamente collegati al passato, anche cronologicamente remoto.

Le città medievali (e antiche) sono dunque ‘repubbliche’ che possono esser dette ‘libere’ in due distinte, ma connesse accezioni: in quanto entità politiche indipendenti e padrone del loro destino e in quanto capaci di governarsi attraverso la partecipazione attiva dei cittadini. La doppia valenza (‘esterna’ ed ‘interna’) si conferma come una caratteristica saliente di un ‘modello repubblicano’ che vale per Adams come il filo conduttore di una lunghissima storia. Il passato si rende vicinissimo a un presente che tenta di trarre da esso i materiali necessari per costruire il futuro.

Il futuro non nasce spontaneamente dal passato. Il futuro è plasmato dall’attività demiurgica dei soggetti, che devono far ricorso a tutti i mezzi disponibili per svolgere un compito della cui epocale novità sono orgogliosamente consapevoli: tutti gli osservatori in buona fede — scrive Adams — « will consider this event as an era in their history ». Il popolo americano e i suoi rappresentanti tuttavia, nel creare il nuovo Stato, non svolgono un’attività diversa da qualsiasi scienziato o artigiano. Per creare il nuovo assetto essi si comportano come un « wise architect » che, chiamato a costruire un palazzo per un sovrano, consulta « Vitruvius, Palladio, and all other writers of reputation in the art », esamina gli antichi edifici e infine « adopt the advantages and reject the inconveniences of all » (73).

È un’immagine ‘costruttivistica’ del processo politico che presiede al rapporto che Adams instaura fra passato e presente. In Europa però il ‘costruttivismo’ e il contrattualismo non avrebbero avuto molto seguito. Certo, in Francia, nel clima della rivoluzione, erano altrettanto forti lo slancio progettuale e la convinzione di poter ‘inventare’ liberamente il futuro: in quel caso però l’esigenza prioritaria di segnare una radicale frattura con il ‘dispotismo’ del passato induceva, più che a cercare continuità con le città medievali,

(73) J. ADAMS, *A Defence*, cit., vol. I, in *Id.*, *Works*, cit., vol. IV, p. 293.

a sottolineare l'improponibilità di antiche ascendenze e a ripensare alla radice la collocazione delle comunità locali nel nuovo assetto rivoluzionario (74). In ogni caso, l'esaurimento dell'ondata rivoluzionaria coincide con il diffondersi di stili di pensiero profondamente diversi dal contrattualismo settecentesco. Emergono orientamenti che, per un verso, fanno i conti con il lascito della rivoluzione e, per un altro verso, si misurano con problemi nuovi che (soprattutto in Italia e in Germania) ruotano intorno al tema dell'identità nazionale e dell'unificazione politica. L'orizzonte del futuro continua ad essere determinante: diviene però minoritaria la convinzione di poter compiere un balzo nel futuro con un atto di volontà, con una decisione 'contrattuale', e prendono piede paradigmi storicistici, pur diversi fra loro ma convergenti nell'indicare nel passato le radici dei processi che danno forma al presente e lo spingono verso il futuro.

Di queste realtà seminali i comuni medievali appaiono una componente decisiva. Un notevole contributo in questa direzione proviene dalla *Histoire des Républiques italiennes du moyen âge*, pubblicata da Jean-Charles-Léonard Simonde de Sismondi fra il 1807 e il 1818. L'opera, pur analitica e diffusa nella descrizione degli eventi, lascia emergere con chiarezza le sue tesi di fondo: valorizzare il medioevo « come oggetto o anche come pretesto per la costruzione di una memoria storica » (75) funzionale alla formazione di una rinnovata e rafforzata identità nazionale; e indicare nella città il fulcro della civiltà medievale e il tramite di un prezioso patrimonio etico-politico.

Anche per Sismondi la *fabula* medievale parla di noi; e di questa *fabula* è protagonista la città. Certo, anche Adams (la cui influenza su Sismondi è indubbia) guardava alle antiche repubbliche, ma le assumeva come reperti, come 'rovine' che l'architetto studia (con attenzione, ma dall'esterno) per costruire un edificio preservato dai vecchi difetti. L'opera di Sismondi invece, è « un

(74) Cfr. l'intelligente e documentata ricerca di F. PROIETTI, *Il tema del Comune nel dibattito politico francese (1807-1830)*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 2002, p. 37 e ss.

(75) P. SCHIERA, *Presentazione*, in S. de SISMONDI, *Storia delle repubbliche italiane*, Torino, Bollati Boringhieri, 1996, p. LXVII.

grande manifesto ideologico» ⁽⁷⁶⁾ nella misura in cui è una ricostruzione storica che mira a ricomporre la molteplicità delle esperienze comunali nell'unità di una nazione 'in statu nascenti' ⁽⁷⁷⁾.

Collocati nell'orizzonte di una nazione alla ricerca di se stessa, i comuni medievali vengono compresi da Sismondi attraverso una rete lessicale che ci è ormai familiare: 'repubblica' e 'libertà'. La città medievale è una repubblica di cui dar conto ricorrendo al concetto di 'libertà', che si propone, al contempo, come il principio ispiratore del Comune, come la direzione di senso del processo storico di cui esso è il motore e come il messaggio etico-politico che per suo tramite giunge fino a noi.

La libertà dei comuni è innanzitutto l'obiettivo e l'effetto della lotta da essi condotta contro gli imperatori per sottrarsi al loro dominio ⁽⁷⁸⁾. È proprio nella lotta che la parabola dei comuni tocca il suo apice e addirittura si profila, nel momento della formazione della lega lombarda, la possibilità che istituzioni più stabili e durature vedano la luce. Questa possibilità però tramonta e presto compaiono le patologie — i dissidi interni e l'eccesso di conflittualità — che alla lunga avrebbero minato la libertà. Alla libertà si sostituisce la tirannide e inizia la decadenza.

In questa accezione, dunque, la libertà del Comune implica un rapporto fra il Comune e un'entità (originariamente) dominante, ma questo rapporto è di frontale contrapposizione: la libertà del Comune inizia nel momento in cui il rapporto con l'impero si spezza. La libertà è esclusiva e non ammette gradazioni e contemperamenti. La 'libertà' però non ha soltanto questa valenza 'esterna'. Essa serve a cogliere l'essenza del Comune cittadino e le caratteristiche della sua forma di governo.

Nell'VIII volume della sua *Histoire* Sismondi si sofferma conclusivamente sulla « *liberté des Italiens* » offrendone un quadro

⁽⁷⁶⁾ G. TABACCO, *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*, Torino, Einaudi 1979, p. 25.

⁽⁷⁷⁾ A. G. RICCI, *Il Sismondi delle Repubbliche Italiane*, in *Sismondi e la nuova Italia*, a cura di L. Pagliai e F. Sofia, Firenze, Polistampa, 2011, p. 28. Un confronto fra Sismondi e Mazzini in F. SOFIA, *Repubbliche allo specchio: Sismondi e Mazzini*, ivi, pp. 217-36.

⁽⁷⁸⁾ E. OCCHIPINTI, *I comuni medievali nella storiografia italiana del Risorgimento*, in « Nuova Rivista Storica », XCI, 2007, 2, pp. 466-68.

sfaccettato. Sono innanzitutto i frutti di questa libertà che egli esalta e fa coincidere con ciò che Romagnosi avrebbe chiamato l'« incivilimento »: la messa a frutto del terreno, la moltiplicazione dei beni, il raffinamento dei costumi, che facevano dell'Italia comunale una nazione all'avanguardia in Europa, di contro alla successiva e (e fino ad oggi perdurante) miseria ⁽⁷⁹⁾. Da questo punto di vista, Sismondi sembra essere memore non tanto di Adams e della tradizione 'repubblicana', quanto di Smith (e di Robertson), che avevano salutato nei Comuni italiani l'avvio di uno slancio produttivo già presago della futura 'liberty and property' ⁽⁸⁰⁾.

Sismondi sente però il bisogno di esaminare più a fondo il concetto di libertà utilizzando un *topos* frequentatissimo fra Sette e Ottocento (da Montesquieu a Sieyès, ai costituenti americani, a Constant): il raffronto fra la libertà degli antichi e la libertà dei moderni. Con molta finezza (che non ha niente da invidiare alle più celebri riflessioni constantiane) Sismondi osserva « qu'il y a une erreur capitale dans le langage; que ce que nous nommons liberté, n'est point ce que les Italiens nommaient ainsi » e « que la liberté des Grecs et des Romains, des Suisses ou des Allemands, aussi bien que des Italiens, n'était nullement la liberté des Anglais » ⁽⁸¹⁾. La 'libertà dei moderni' è fatta iniziare con la 'libertà degli inglesi'. Questa libertà per Sismondi è un'acquisizione importante perché protegge dagli abusi dell'autorità e garantisce l'indisturbata pluralità delle opinioni e delle fedi. Non è però questa la libertà di cui godeva la città medievale. La libertà moderna è « purement défensive », « toute négative » ⁽⁸²⁾, mentre « les Italiens ne connaissant que la liberté politique » ⁽⁸³⁾. La libertà per loro era non già la sicurezza dei governati, ma la pienezza di potere dei governanti, « l'expression des

⁽⁷⁹⁾ S. DE SISMONDI, *Histoire des Républiques italiennes du moyen âge*, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1839, Tome Huitième, pp. 459-60.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. la puntuale analisi di M. MINERBI, *Introduzione a J.C.L. Sismondi, Recherches sur les constitutions des peuples libres: texte inédit* (1965), ora in ID., *La cultura politica nell'età dei lumi. Da Rousseau a Sismondi*, a cura di R. Minuti, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2009, pp. 3-88 (in particolare p. 78 e ss.).

⁽⁸¹⁾ S. DE SISMONDI, *Histoire des Républiques*, cit., p. 461.

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 469.

⁽⁸³⁾ Ivi, p. 465.

droits politiques de la nation considérée en corps »⁽⁸⁴⁾, sorretta da un principio fondamentale: « toute autorité exercée sur le peuple est émanée du peuple »⁽⁸⁵⁾ e come tale è revocabile dal popolo e responsabile di fronte ad esso. La libertà-sovrantà è stato il fine perseguito da tutte le repubbliche, ma le città italiane sono state, in questo senso, più libere di tutte le altre, forse anche delle città antiche: esse infatti « faisaient procéder tous les pouvoirs du peuple, et les faisaient tous se résoudre dans la souveraineté du peuple, bien plus que celles d'origine allemande »⁽⁸⁶⁾.

La libertà dei Comuni medievali è la sovranità della repubblica cittadina: una sovranità che, da un lato, si forgia nella contrapposizione ai poteri sovrastanti e, dall'altro lato, riposa sulla 'virtù', sull'attivismo dei cittadini che fanno coincidere la loro libertà con il libero governo della comunità politica cui appartengono.

Come Adams, Sismondi fa propri i principî e i valori di un modello repubblicano che si era venuto sviluppando lungo molteplici e intricati percorsi e manteneva, anche dopo le rivoluzioni di fine Settecento, un'indubbia vitalità. A differenza di Adams, però, per Sismondi i Comuni italiani non sono meri *case studies*, concrezioni fra le tante di un modello repubblicano sempre eguale a se stesso. Non sono 'materiali' da studiare a distanza, ma sono il punto di avvio e il motore di un processo che si è arrestato, ma può e deve riprendere vigore e giungere a compimento. La libertà-sovrantà, allora, se, per un verso, è lo schema concettuale necessario e sufficiente per cogliere l'essenza del Comune medievale, per un altro verso trova il suo orizzonte di senso in un processo — la formazione dell'identità nazionale — entro il quale un lontano passato e un imminente futuro vanno incontro a un nuovo e vincolante rapporto.

Certo, il lessico impiegato da Sismondi per comprendere la civiltà comunale — 'libertà' e 'repubblica' — non è inedito e rinvia a quella letteratura settecentesca che di quei lemmi aveva già fatto ampio e circostanziato uso. Sismondi adotta un collaudato 'modello repubblicano', ma interviene creativamente su di esso in più direzioni: amplia e raffina il ventaglio semantico di 'libertà'; esplicita il

⁽⁸⁴⁾ Ivi, pp. 477-78.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 478 e ss.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 462.

collegamento fra il passato e il presente facendo della civiltà comunale la matrice di un processo ancora in corso di svolgimento; imprime una forte tensione etica alla narrazione storiografica evocando scenari di ‘decadenza’ e di ‘rigenerazione’.

Al di là dei consensi e delle prese di distanza nei confronti dell’una o dell’altra tesi sismondiana, nel suo complesso l’opera dell’autore ginevrino lascia comunque tracce importanti nel dibattito dell’epoca; e una di queste è l’assumere i Comuni medievali come oggetto di una narrazione che mira a un’effettiva comprensione del passato, ma al contempo intende presentarlo come tappa di un processo che punta dritto al futuro. In Sismondi è ormai forte e visibile la tendenza (destinata a confermarsi nei decenni successivi) alla ‘futturizzazione’ dei concetti: a una visione della temporalità che opera come una sorta di cornice meta-metalinguistica entro la quale si iscrive la storiografia otto-novecentesca.

6. *‘Autonomia-autogoverno’ e ‘autonomia-indipendenza’ nella prima metà dell’Ottocento.*

La stretta sinergia fra passato, presente e futuro vale per l’Italia come per altre zone d’Europa. Cambiano però, a seconda della collocazione degli osservatori, le visioni del processo storico e i profili tematici evidenziati. Anche per la Francia potremmo parlare di un ‘effetto Sismondi’, provocato non soltanto dalla sua *Histoire des républiques italiennes*, ma anche dalla successiva (e ancora più monumentale) *Histoire des Français*. Sismondi mette a fuoco le differenze fra le città lombarde e le coeve città francesi, ma, al contempo, ravvisa in entrambe il medesimo slancio verso la libertà, tanto da relativizzare (in ideale continuità con le osservazioni di Mably) il ruolo provvidenziale tradizionalmente attribuito a Luigi il Grosso ⁽⁸⁷⁾.

Libertà e repubblica continuano ad essere i parametri impiegati e tuttavia i due lemmi, messi alla prova in un diverso ‘contesto di situazione’, si prestano ad assumere valenze diverse. Quando Augustin Thierry, nella sua *Lettre XIII*, si sofferma sull’« affranchis-

(87) J.C.L.S. de SISMONDI, *Histoire des Français*, Tome Cinquième, Paris, Treuttel et Würtz, 1823, cap. XII e cap. XIII.

sement des Communes»⁽⁸⁸⁾, indica in Sismondi una fortunata eccezione e lo contrappone ai più, che «travestissent en réforme administrative l'un des mouvements les plus énergiques de l'esprit de démocratie». È un movimento 'dal basso', assai più che una concessione 'dall'alto', il presupposto della nascita di quei comuni che anche Thierry chiama «les républicques du moyen-âge»⁽⁸⁹⁾.

Ancora 'repubblica' e 'libertà'; ancora la convinzione di trovare nella libertà 'antica' il seme di un albero capace di crescere impetuosamente. La libertà comunale finalmente capace di sbocciare coincide però in sostanza con ciò che «aujourd'hui nous comprenons sous le mot de constitution». La libertà comunale è l'annuncio programmatico di una nuova classe, il 'terzo stato', destinato a rifondare la nazione francese e a introdurre il regime rappresentativo. Allo stesso modo, François Guizot riconosce la compiutezza politica dei comuni medievali — «en un mot, ils se gouvernent; ils sont souverains»⁽⁹⁰⁾ — ma la loro 'libertà' si traduce nel rendere possibile il moto ascensionale del 'terzo stato' e il suo trionfale esito nella Francia moderna⁽⁹¹⁾.

In Italia, nei primi decenni dell'Ottocento, le aspettative erano, almeno in parte, diverse⁽⁹²⁾ e la 'libertà' comunale, se pure poteva

⁽⁸⁸⁾ A. THIERRY, *Lettres sur l'histoire de France pour servir d'introduction à cette histoire*, Paris, Sautélet, 1829, p. 248 e ss.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, pp. 248-49.

⁽⁹⁰⁾ F. GUIZOT, *Histoire générale de la civilisation en Europe depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la Révolution française*, Bruxelles, Lacrosse, 1838, p. 148.

⁽⁹¹⁾ «I comuni cioè avevano rilevanza storica non di per sé, in quanto comunità politiche organizzate secondo particolari regole, ma come momento iniziale del processo di emancipazione del terzo stato; questo motivo, presente fin dall'origine *in nuce* nel discorso sopra il comune, con Guizot assurgeva al ruolo di punto cardinale dell'intera teoria comunale. La concezione stessa del processo storico propria a Guizot era caratterizzata da una successione di stadi progressivi culminante nella realizzazione della massima espressione della *civilisation*, il governo rappresentativo» (F. PROIETTI, *Il tema del Comune*, cit., p. 136).

⁽⁹²⁾ Sui comuni medievali nello specchio della storiografia nell'Italia dell'Ottocento cfr. TABACCO, *Egemonie sociali*, cit., pp. 3-47; ID., *La città italiana*, cit., pp. 23-42; SCHIERA, *Presentazione*, cit., pp. IX-XCVI; M. VALLERANI, *Modelli di comune e modelli di stato nella medievistica italiana fra Otto e Novecento*, in «Scienza & Politica», 9, 1997, 17, pp. 65-86; N. D'ACUNTO, *Il mito dei comuni nella storiografia del Risorgimento*, in *Le radici del Risorgimento*, Fonte Avellana, s.e., 1997, pp. 287-308; S. SOLDANI, *Il Medioevo*

evocare immagini di ‘movimento dal basso’ e di ‘costituzione rappresentativa’, trovava il suo principale referente nella formazione di un’identità nazionale, di cui la dottrina della rappresentanza poteva essere, sì, una componente importante, ma non la caratterizzazione determinante ⁽⁹³⁾. Era innanzitutto (anche se non soltanto) l’urgenza di trovare le radici di una ancora incerta e discussa ‘identità nazionale’ che induceva a interrogare il passato e a cogliere in esso i semi del presente e del futuro. Nel lungo processo di formazione della nazione, i tornanti dati per decisivi erano, prima, lo scontro fra i ‘barbari’ e la residua civiltà romana — uno scontro insistentemente presentato come un conflitto fra ‘razze’ il cui esito avrebbe inciso sulla composizione stessa della ‘nazione’ italiana — e, poi, l’esperienza comunale ⁽⁹⁴⁾.

I due temi erano concettualmente e storicamente distinti, ma non mancavano le connessioni, che si rendevano palesi nel momento in cui veniva affrontata una delle questioni più spinose: la questione delle origini della ‘rivoluzione’ comunale; una questione sulla quale i difensori (a partire da Savigny) della ‘continuità’ (dell’ininterrotta, anche se umbratile, permanenza del municipio romano), si scontravano con i sostenitori della ‘rottura’ e dell’imprinting germanico delle libertà comunali (da Heinrich Leo a Karl Friedrich Eichhorn, a Karl Hegel, ad August von Bethmann-Hollweg, per limitarsi agli storici tedeschi). Pasquale Villari non mancherà di accennare, con una qualche ironia, alle scelte ideologico-politiche che influivano sullo scontro fra i « Ghibellini del secolo XIX », che « accettando le opinioni del Savigny, esaltarono i Longobardi » e « maledissero al

del Risorgimento nello specchio della nazione, in *Arti e Storia nel Medioevo*, IV, *Il Medioevo al passato e al presente*, a cura di E. Castelnuovo e G. Sergi, Torino, Einaudi, 2004, pp. 149-186; M. VALLERANI, *Il comune come mito politico. Immagini e modelli tra Otto e Novecento*, ivi, pp. 187-206; G. MILANI, *I comuni italiani: secoli XI-XIV*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 159 e ss.; E. OCCHIPINTI, *I comuni medievali*, cit., pp. 459-530.

⁽⁹³⁾ Cfr. *Immagini della nazione nell’Italia del Risorgimento*, a cura di A.M. Banti e R. Bizzochi, Roma, Carocci, 2002; A.M. BANTI, *L’onore della nazione: identità sessuali e violenza nel nazionalismo europeo dal 18. secolo alla grande guerra*, Torino, Einaudi, 2005.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. le convincenti considerazioni di SOLDANI, *Il Medioevo del Risorgimento*, cit.

papa che aveva impedito il loro assoluto dominio in Italia», e la scuola opposta che, con Manzoni e Troya, attribuiva ai Franchi, chiamati dal papa, il merito di aver permesso «l'uso della legge romana» e aver contribuito «al risorgimento dei comuni»⁽⁹⁵⁾. Quali che fossero le opinioni sulle 'origini' e sulle ascendenze 'razziali' del Comune cittadino, resta comunque ferma, nell'Italia del primo Ottocento, la convinzione che esso fosse, nella tormentata formazione della nazione, un imprescindibile passaggio.

Nel gettare un ponte fra il passato delle città comunali e il presente (e il futuro) della nazione Sismondi aveva svolto un ruolo che non può essere sottovalutato. Era stato eloquentemente argomentata l'esistenza del collegamento fra le città e la nazione: ma era ancora incerto, e aperto alle più diverse interpretazioni, il contenuto di questo collegamento, le condizioni e le modalità del passaggio dalla pluralità all'unità. Dell'unità Sismondi aveva una visione (se mi si passa il bisticcio) essenzialmente pluralistica, pretendendo che nell'unità le differenze non scomparissero, ma trovassero una loro conclusiva collocazione e legittimazione. In ogni caso, il complesso lavoro del *nation building* restava ancora incompiuto e aperto a varie soluzioni.

Alla messa a punto di una vera e propria 'dottrina' della nazione darà un importante contributo Mazzini, a partire dagli anni Trenta, e intorno a questo 'mito di fondazione' prenderà a scorrere, con crescente impeto, un magmatico flusso discorsivo⁽⁹⁶⁾. Sostenere che il paese, al di là delle macroscopiche differenze delle sue componenti, era riconducibile alla soggiacente unità di una nazione (a una nazione che si proponeva come unificante unità di misura tanto dello 'spazio' quanto del 'tempo'), era comunque solo un aspetto (pur se centrale) del 'progetto' risorgimentale: la valenza politica (e non solo culturale) della nazione non poteva non trovare una precisa traduzione politico-istituzionale ed era il concetto di 'Stato' che doveva servire a questo scopo. Su questo fronte, tuttavia,

(95) P. VILLARI, *Il Comune italiano e la storia civile di Firenze*, in «Il Politecnico», 1866, fasc. III, pp. 294-95.

(96) Cfr. A.M. BANTI, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità e onore alle origini dell'Italia unita*, Torino, Einaudi, 2000; Id., *L'onore della nazione: identità sessuali e violenza nel nazionalismo europeo dal 18. secolo alla grande guerra*, cit.

le élites politico-culturali italiane prima del '48 erano meno agguerrite. Certo, non mancava il dibattito ⁽⁹⁷⁾ sulle forme di Stato, sui meriti e i difetti dei 'classici' tipi di regime, sul meccanismo della rappresentanza, sui vantaggi e gli svantaggi dell' 'accentramento' e del 'federalismo'. Ciò che faceva difetto era la capacità di imprimere al discorso sullo Stato una valenza più generale ed astratta tanto da poterlo assumerlo (non diversamente da quanto avveniva con 'nazione') come uno strumento concettuale indispensabile per capire il passato e cogliere la direzione del processo storico.

Si muove precocemente in questa direzione Gian Domenico Romagnosi, anch'egli alieno, come Sismondi, dall'immaginare l'unità come un' autoritaria, 'giacobina', omogeneizzazione della pluralità degli interessi e delle esperienze e tuttavia convinto che l'esito dello sviluppo storico non possa che essere un centro politico-giuridico, un'entità capace di ricondurre a se stessa la molteplicità dei soggetti grazie a un'efficace azione di governo ⁽⁹⁸⁾. È una legge della storia la tendenza verso aggregazioni sociali di raggio e generalità crescente. I comuni medievali quindi hanno certamente impartito una grande lezione di libertà all'Europa intera: da essi traluce « il genio tutelare dell'Europa che stipula le condizioni del futuro incivilimento di lei » ⁽⁹⁹⁾ e « un abbozzo pertanto, direm così, di una intiera civiltà noi ravvisiam nello stato delle città italiane di questa età ». Il loro contributo all'incivilimento però resta « avvolto nelle nubi e nelle tempeste » perché mancò un elemento fondamentale: « mancò la concordia stabile, e la forza unita di tutte le città diretta da una forza centrale; mancò la cognizione eminente della potenza rispettiva degli Stati » ⁽¹⁰⁰⁾.

Assumere lo Stato come il *tèlos* immanente del processo storico e l'insostituibile sintesi della società moderna e fare quindi del lessico costruito intorno ad esso uno strumento concettuale

⁽⁹⁷⁾ Si pensi ad esempio alla pubblicistica occasionata dal celebre 'concorso' indetto nel 1796 intorno al problema della forma di governo preferibile per l'Italia.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. L. MANNORI, *Sismondi e Romagnosi: due costituzionalismi a confronto*, in *Sismondi e la nuova Italia*, cit., pp. 195-215.

⁽⁹⁹⁾ G.D. ROMAGNOSI, *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento con esempio del suo risorgimento in Italia*, Milano, Presso la Società degli Editori degli Annali Universali delle Scienze e dell'Industria, 1832, p. 167.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 184.

indispensabile per decifrare la dinamica politico-giuridica in tutto l'arco del suo sviluppo: un siffatto orientamento otterrà crescenti successi nel corso dell'Ottocento e, una volta giunto a compimento, non potrà non produrre effetti di rilievo anche nella rappresentazione dell'«essenza» politica del Comune medievale. Nella prima metà dell'Ottocento, e segnatamente in Italia, però, il «programma» statocentrico è ancora *in itinere* e i suoi effetti sulla comprensione del passato sono relativi e indiretti.

Quando Savigny ⁽¹⁰¹⁾ affronta, nella sua *Geschichte*, il tema delle città italiane, e in particolare lombarde, il suo principale *thema probandum* è la loro connessione, non interrotta dalle varie incursioni «barbariche», con i *municipia* romani; ed è questa la tesi sulla quale si accende un vivace dibattito storiografico tanto in Italia quanto in Germania. Quale è l'espressione che Savigny impiega per indicare il nucleo del fenomeno della cui continuità o novità discutere? Ancora una volta «*Freiheit*», libertà. E la formulazione sintetica della sua tesi è appunto che la «*spätere Freiheit*», la libertà affermata dalle città nel XII secolo, deve essere concepita «als Fortdauer und Entwicklung eines bestehenden Zustandes» ⁽¹⁰²⁾. La libertà è il contrassegno delle città lombarde, di queste «neuen Republiken» ⁽¹⁰³⁾ che costituiscono entità politiche unitarie, caratterizzate da un potere che può dirsi «sovrano»: «Die Gesamtheit der Bürgerschaft, also Adel und Plebs zusammengefaßt, heißt das *Commune*. Die souveräne Gewalt ist bey dieser Gesamtheit ⁽¹⁰⁴⁾». Organizzata su base rappresentativa, la *Gesamtheit* comunale è retta da autorità che devono essere considerate «als das Hauptstück der städtischen Freyheit» ⁽¹⁰⁵⁾.

«Repubbliche», «libertà», «potere sovrano»: la distanza di Savigny da Muratori, pur netta nel ridimensionare la «novità» delle costituzioni cittadine del XII secolo, è minima per quanto riguarda il

⁽¹⁰¹⁾ Sulla «fortuna» di Savigny nell'Italia ottocentesca cfr. L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, Roma, Carucci, 1984.

⁽¹⁰²⁾ F.C. von SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, Mohr, 1834², Erster Band, p. 411.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 417.

⁽¹⁰⁴⁾ F.C. von SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, Mohr, 1834², Dritter Band, p. 112.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 114.

lessico impiegato. Il quadro non cambia in modo significativo nemmeno con gli scritti di due storici tedeschi — August von Bethmann-Hollweg e Carl Hegel — che polemizzano con Savigny sull'origine dei Comuni medievali, ma impiegano il medesimo strumentario lessicale.

L'oggetto delle rivendicazioni comunali è la « Freiheit » della città e « Freiheit » è sinonimo di una sua « erweiterte Jurisdiction »⁽¹⁰⁶⁾. La pace di Costanza la sancisce in tutta la sua pienezza confermando, con la libera scelta dei magistrati, lo « höchstes Recht der Selbstregierung » e la « Freiheit der Städte »⁽¹⁰⁷⁾. La libertà della città coincide con la sua *iurisdictio*: il vocabolario impiegato sembra ancora singolarmente vicino (pur nella diversità della prospettiva) al linguaggio delle fonti medievali. Può essere semmai interessante segnalare il ricorso all'espressione « Selbstregierung », impiegato in sostanza per tradurre la '*iurisdictio-libertas*' della città comunale.

Il 'conservatorismo' lessicale degli storici tedeschi non è comunque sorprendente. A favorirlo interviene verosimilmente la tradizione tedesca delle libere città imperiali, che suggerisce di far coincidere la libertà della città con un'indisturbata gestione di se stessa. Le città sono libere in quanto si vedono riconosciuti i loro « Hoheits- und Herrschaftsrechte »⁽¹⁰⁸⁾ e il loro tratto distintivo è riposto, più che nella loro (formale o sostanziale) indipendenza dall'impero, nell'esercizio della loro potestà normativa: è in essa che conviene collocare « die Autonomie der Städte »⁽¹⁰⁹⁾.

Compare dunque anche il lemma 'autonomia', in un quadro lessicale che sembra ancora mantenere la fluidità semantica radicata in una lunga tradizione. Autonomia e libertà continuano ad apparire strettamente associate ed entrambe possono essere impiegate per indicare due diverse condizioni di un soggetto o di un ente: una sua assoluta esenzione da controlli e interferenze esterne così come la sua capacità di governare se stesso pur nel rispetto di un qualche

⁽¹⁰⁶⁾ A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Ursprung der Lombardischen Städtefreiheit. Eine geschäftliche Untersuchung*, Bonn, Adolph Marcus, 1846, p. 5.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 173.

⁽¹⁰⁸⁾ C. HEGEL, *Geschichte der Städteverfassung von Italien*, Leipzig, Wiemann'sche Buchhandlung, 1847, Dritter Band, p. 232.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, p. 221.

vincolo (più o meno esteso o ristretto, formale o sostanziale) nei confronti di un potere sovrastante.

Se dunque gli storici tedeschi sembrano insistere sulla capacità di autogoverno della città, più che sulla pienezza della sua sovranità, nella *Storia della legislazione italiana*, di Federigo Sclopis⁽¹¹⁰⁾, il cui primo volume, dedicato alle *Origini*, vede la luce nel 1840, il quadro sembra rovesciato. Per Sclopis l'esistenza di una « vera indipendenza od autonomia comunale » è provata da « due dimostrazioni di fatto: la guerra e le leggi ». Qui infatti è riposto « il vero carattere della sovranità »; e se anche la città continua a tributare « uno sterile omaggio ad una nuda apparenza di superiorità », essa, « dacché ritiene il potere effettivo e reale », non può che essere collocata « nella serie dei sovrani »⁽¹¹¹⁾. I comuni sono « potenze libere », che non traggono dall'esterno la loro legittimità, ma la trovano « in se stessi, nel loro ordinamento politico già rassodato, nelle loro forze vittoriose, da cui ripetevano la restituzione ottenuta dell'antica grandezza »⁽¹¹²⁾. È dunque la « comunale autonomia », la « indipendenza dei Comuni italiani », che trionfa con la pace di Costanza⁽¹¹³⁾.

Sclopis non ha dubbi nell'usare il lemma 'autonomia' come sinonimo di 'libertà-indipendenza-sovranià' e di riferire questi tratti al Comune cittadino. Una conferma dell'equazione fra autonomia e libertà-indipendenza è offerta da Sclopis quando, accogliendo l'invito rivoltogli da Guglielmo Ricci nel « *Journal des Savants* », prende a considerare le differenze che intercorrono fra l'« *organisation des villes républicaines* » e quella delle « *villes soumises à l'autorité d'un prince ou d'un feudataire* »⁽¹¹⁴⁾. Per Sclopis, « la distinzione vera che separava il comune libero ed autonomo da quello suddito a un principe, consisteva nella ragione di sovranità riconosciuta nel

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. L. MOSCATI, *Federico Paolo Sclopis*, in *Il Contributo italiano*, cit., pp. 286-89; G.S. Pene Vidari, *Sclopis di Salerano, Federigo*, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 1839-42.

⁽¹¹¹⁾ F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana, Volume primo, Origini*, Torino, Unione Tipografica-Editrice, 1863², p. 142.

⁽¹¹²⁾ *Ivi*, p. 148.

⁽¹¹³⁾ *Ivi*, p. 152.

⁽¹¹⁴⁾ Giuliano RICCI, *Collections historiques qui se publient à Turin*, in « *Journal des savants* », V, 1839, p. 394.

primo, all'altro negata. Tale sovranità comprendeva tutti i diritti legali posseduti dalle repubbliche e confermati dal trattato di Costanza ». Al di sotto della piena sovranità si collocava la « iurisdic-tio », anche « plenissima », che restava comunque appannaggio dei « comuni sottoposti allo scettro d'un principe » ⁽¹¹⁵⁾. A questa 'libertà' di rango inferiore Sclopis riserva non il termine di 'autonomia', ma l'antico termine di 'iurisdic-tio', che egli tiene ben distinta dalla libertà-indipendenza-sovranità attribuita alle « repubbliche » secondo il « trattato di Costanza » ⁽¹¹⁶⁾.

L'autonomia è libertà e la libertà tende a coincidere, per un verso, con l'indipendenza e, per un altro verso, con la pienezza dei poteri attribuibili a un ente o a un soggetto. Proprio in questi anni, porta nuova acqua al mulino della 'autonomia-libertà-indipendenza' ⁽¹¹⁷⁾ Vincenzo Gioberti, nelle pagine di apertura della sua opera più nota — *Del primato morale e civile degli italiani* — uscita a Bruxelles nel '43. Per dare un senso al 'primato' dell'Italia, di cui il libro vuol essere l'illustrazione, Gioberti collega la « maggioranza » alla « autonomia », « per cui un essere sovrasta ad altri esseri e non ne dipende ». L'autonomia assoluta è solo di Dio, in quanto « ca-gione di ogni essere ». L'uomo può godere soltanto di un'autonomia 'relativa', che vale soltanto in relazione a qualche aspetto della realtà e comunque indica non un rapporto di causa, ma di prevalenza: l'essere autonomo non è causa dell'essere eteronomo, ma occupa soltanto una posizione di imperio e di superiorità su di esso, come l'uomo sull'animale, lo spirito sul corpo, il « sovrano » sulla « città ». Autonomia significa quindi pienezza di libertà e di sovranità: « ap-plicando queste avvertenze al nostro soggetto, quella nazione si dee dire autonoma per eccellenza, che ha ragione di causa verso gli altri popoli per ciò che riguarda i fondamenti e le parti più capitali della loro cultura ». E dato che l'Italia « diede a tutte le nazioni culte dell'età moderna i germi del loro incivilimento », essa è « la nazione autonoma ed autorevole per eccellenza » ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 157.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. MANNORI, *Autonomia*, cit.

⁽¹¹⁸⁾ V. GIOBERTI, *Del primato morale e civile degli italiani*, Bruxelles, Meline, Cans, 1843, Tomo I, pp. 13-18.

L'autonomia come indipendenza e sovrana libertà: non è forse casuale che nell'Italia degli anni quaranta si senta l'urgenza di individuare un lemma efficace nel connotare un ente come dominante, governante, indipendente; e un lemma non inedito, ma certo non usuale come 'autonomia', può servire allo scopo. Non è peraltro solo 'autonomia' il grecismo cui si ricorre, negli stessi anni, per rispondere alla medesima istanza espressiva e comunicativa. Nella *Filosofia del diritto* di Antonio Rosmini (pubblicata fra il 1841 e il 1843) l'esigenza di dare un nome alla fonte originaria dell'ordine politico induce l'autore a introdurre il termine di « autocrazia ».

Nemmeno 'autocrazia' è un termine inedito (Muratori vi ricorre, come sappiamo), ma non occupa certo un posto di primo piano nel lessico politico-giuridico. Secondo Marco Aurelio Marchi, autore di un *Dizionario* che registra tanto i lemmi 'autonomia' (e 'autonomo') quanto il termine 'autocrazia', sarebbe quest'ultimo, più che 'autonomia', l'espressione più pertinente. 'Autocrazia' infatti, secondo Marchi tradizionalmente impiegato per indicare il moto spontaneo degli organismi, può essere adottato anche per significare la piena e assoluta « sovranità »⁽¹¹⁹⁾, mentre il termine 'autonomo' evoca il tedesco « Freie Stadt » e indica, sì, un paese « che si regge colle proprie leggi », ma sulla base di una « facoltà dai conquistatori [...] concessa ai popoli vinti »⁽¹²⁰⁾. Marchi sembra raccogliere l'eco delle dispute settecentesche dei Guasco e dei Maffei e forse anche per questo l'impiego giobertiano di 'autonomia' (l'enfaticizzazione di autonomia come 'libertà-indipendenza') appare, all'autore di un *Vocabolario*⁽¹²¹⁾ degli anni cinquanta, una (pur apprezzabile) novità, tanto da collocarla in una sezione del *Vocabolario* intitolata *Saggio di voci nuove o svecchiate tratte dal Primato di V. Gioberti*⁽¹²²⁾. Continua a registrare invece la tradizionale ambivalenza semantica di 'autonomia' il ben più celebre (e più tardo) *Dizionario* di Niccolò

⁽¹¹⁹⁾ M.A. MARCHI, *Dizionario tecnico-etimologico-filologico*, Milano, Pirola, 1828, tomo I, p. 116.

⁽¹²⁰⁾ Ivi, p. 117.

⁽¹²¹⁾ F. UGOLINI, *Vocabolario di parole e modi errati che sono comunemente in uso*, Firenze, Barbera, 1855.

⁽¹²²⁾ « L'origine greca non la rende strana per noi, ed anche il suono del vocabolo è bello » (ivi, p. 254).

Tommaseo, che, prima, la definisce come la « facoltà di governarsi con leggi proprie » ricordando « la condizione privilegiata delle città greche suddite a Roma », poi si riferisce all'odierna 'autonomia amministrativa' e infine ne registra un significato ulteriore che la rende sinonima della « più comune Indipendenza, che meglio alla buona direbbesi Libertà, quando è vera autonomia » (123).

La scelta rosminiana sembra voler evitare il carattere polisemico di 'autonomia' attribuendo al lemma 'autocrazia' (opportuna-mente ri-definito) una minore equivocità. Per Rosmini, l'autocrazia è un diritto proprio delle « società libere, che da sé si formano » « perocché ad esse appartiene quel poter primo e radicale che viene supposto da ogni società » (124). « L'autocrazia è il potere radicale, la base di tutti i poteri sociali, il loro fonte, la ragione della loro legittimità », « è il potere governativo radicale della società » (125). Non è semplicemente azione, prassi, attività di governo, perché qualsiasi attività governante « suppone un'autocrazia, un potere per sé, un diritto primitivo di governare » (126).

Così intese, tanto autonomia quanto autocrazia si presentano come specificazioni ed esplicitazioni di quella libertà-indipendenza che Sclopis attribuiva alle repubbliche cittadine, muovendosi lungo una direttrice che, nel '38, in uno scritto dedicato alle città italiane, Cesare Balbo dichiarava inaugurata da Sigonio e « portata all'orlo della perfezione dall'immortale Muratori » (127). Anche per lo storico torinese le città comunali « erano diventate repubbliche vere e, se non di nome, che nol furono mai, almen di fatto indipendenti [...] » (128); e l'indipendenza appunto era l'obiettivo, raggiunto, di una lotta che Balbo presenta come una vera rivoluzione: la « gran rivoluzione comunale italiana »; una rivoluzione da cui esce, con « la

(123) N. TOMMASEO, *Dizionario della lingua italiana*, Torino, L'Unione Tipografico-Editrice, 1865, vol. Primo, Parte Prima, pp. 762-63.

(124) A. ROSMINI-SERBATI, *Filosofia del diritto*, Napoli, Pedone Lauriel-Rossi-Romano, 1856, volume II, § 312, p. 62.

(125) Ivi, § 2202, p. 522.

(126) Ivi, § 2409, p. 574.

(127) C. BALBO, *Appunti per la storia delle città italiane fino all'istituzione de' comuni e de' consoli*, in *Opuscoli per servire alla storia delle città e dei comuni d'Italia*, Fascicolo II, Torino, Pic, 1838, p. 2.

(128) Ivi, p. 88.

fusione compiuta delle schiatte più o meno antiche», la « quasi perfetta nazionalità italiana qual l'abbiamo»; una rivoluzione portata avanti dalla città, dal momento che « la città era stata sempre ab antico [...] la vera unità politica della nazione ⁽¹²⁹⁾ ».

La fusione delle razze, la rivoluzione comunale, la città come filo conduttore della storia d'Italia (come avrebbe scritto, negli anni cinquanta, Carlo Cattaneo ⁽¹³⁰⁾), l'indipendenza delle repubbliche medievali: motivi noti e diffusi e tuttavia intonati con diverse inflessioni. A Balbo la rivoluzione comunale finirà per apparire come un annuncio, ma non come un modello; l'annuncio di una libertà che si identifica con l'indipendenza di un corpo politico, ma non autorizza inopportune nostalgie nei confronti di ordinamenti tramontati per sempre: « repubblicette — come egli scrive in un'opera del '44 — molto belle e buone a' lor tempi », come già le repubbliche greche, ma fragili, effimere, incompatibili con « le civiltà progredite » ⁽¹³¹⁾. E lo stesso termine di 'repubblica' dovrà essere usato con prudenza nei loro confronti perché (con buona pace di Sismondi; e con l'unica eccezione di Venezia) i Comuni medievali sono sempre stati costretti a fare i conti con un potere sovrastante, « in diritto sempre; in fatto, tutte le volte che un imperatore poté far valere il diritto » ⁽¹³²⁾. In una parola, alla 'rivoluzione comunale' mancarono « due parole»: « le due idee d'indipendenza e d'Italia » ⁽¹³³⁾. La storia ha dimostrato « la loro incapacità ed all'indipendenza ed alla libertà stessa »; e proprio per questo occorre evitare la trappola di quella « preoccupazione repubblicana » che indusse molti a « travisare la storia d'Italia » trascu-

⁽¹²⁹⁾ C. BALBO, *Della fusione delle schiatte in Italia. Lettere agli estensori della Gazzetta d'Augusta* (1844), in *Id., Lettere di politica e letteratura*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1859, pp. 303-304.

⁽¹³⁰⁾ C. CATTANEO, *La città considerata come principio ideale delle istorie italiane*, in *Opere di Giandomenico Romagnosi, Carlo Cattaneo, Giuseppe Ferrari*, a cura di E. Sestan, Napoli, Ricciardi, 1957, pp. 997-1040.

⁽¹³¹⁾ C. BALBO, *Delle speranze d'Italia*, Capolago, Tipografia Elvetica, 1844², p. 30.

⁽¹³²⁾ *Ivi*, p. 68.

⁽¹³³⁾ C. BALBO, *Sommario della storia d'Italia* (1847), in *Id., Storia d'Italia e altri scritti editi e inediti*, a cura di M. Fubini Leuzzi, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1984, p. 503.

rando « la storia di que' grandi principati italiani, che [...] durarono d'allora in poi, e durano » (134).

Quanto più avanti si procede lungo la strada del *nation building*, tanto più perentoria diviene l'equazione fra libertà, autonomia e indipendenza. Fra le mille e mille testimonianze offerte dal discorso pubblico risorgimentale, valga il riferimento al dibattito suscitato da uno scritto di Luigi Taparelli d'Azeglio, estratto dal suo *opus magnum* (il *Saggio teoretico di dritto naturale*) e pubblicato nel 1846. Da Massimo D'Azeglio a Cesare Balbo, a Vincenzo Gioberti, le reazioni allo scritto di Luigi Taparelli furono vivaci (135). La materia del contendere non era la nazione come tale, sulla cui importanza ed elementi costitutivi (etnici, culturali, geografici) non mancavano ampie convergenze. Il *punctum dolens* riguardava il fondamento e il carattere della sua 'autonomia'. Per Luigi Taparelli, l'autonomia di una nazione era un diritto solo a patto che essa non confliggesse con le superiori istanze del diritto e della giustizia. Che una nazione fosse soggetta mantenendo i suoi tratti caratteristici, la sua identità, era possibile e plausibile, là dove la sua condizione subalterna fosse consolidata nel tempo e riconosciuta « dalle transazioni internazionali » e, in ogni caso, la nazione dominante fosse rispettosa degli usi e delle istituzioni della nazione dominata (136). Per Gioberti, che dedica un apposito capitolo del suo *Gesuita moderno* alla polemica con Taparelli (137), non si dà invece 'nazione' senza 'autonomia' e non si dà 'autonomia' senza « l'indipendenza delle istituzioni da ogni principio estrinseco alla vita di essi popo-

(134) Ivi, p. 557. Cfr. M. MORETTI, *Note di storiografia sismondiana*, in *Sismondi e la civiltà toscana*, a cura di F. Sofia, Firenze, Olschki, 2001, pp. 231-65; OCCHIPINTI, *I comuni medievali*, cit., pp. 469-87.

(135) Cfr. E. DI CARLO, *Il soggiorno in Sicilia del P. Taparelli d'Azeglio negli anni dal 1833 al 1850*, in *Miscellanea Taparelli: raccolta di studi in onore di Luigi Taparelli d'Azeglio nel primo centenario della morte*, Roma, Libreria editrice dell'Università Gregoriana, 1964, p. 139; F. TRANIELLO, *La polemica Gioberti-Taparelli sull'idea di nazione*, in *Id.*, *Da Gioberti a Moro. Percorsi di una cultura politica*, Milano, Franco Angeli, 1990, pp. 43-62.

(136) L. TAPARELLI D'AZEGLIO, *Della nazionalità* (1847), Firenze, Pietro Ducci, 1849², p. 55.

(137) V. GIOBERTI, *Il gesuita moderno*, Losanna, Bonamici e Compagni, 1847, Tomo settimo, XXX, *Della nazionalità in proposito di un'operetta del P. Luigi Taparelli d'Azeglio*, pp. 405-437.

li » (138). Gioberti non esclude che « nazioni fanciulle » possano essere dominate come i « pargoli » sono guidati dagli adulti e gli « imbecilli » dai « savi », data la « maggioranza infinita della civiltà sulla barbarie ». Quando però un popolo è ‘civile’, l’autonomia-indipendenza ne indica la caratteristica essenziale, esprime la sua « potenza » e costituisce il suo primario diritto-dovere (139).

Le considerazioni giobertiane sono emblematiche di una visione della nazione che troverà la sua più celebre espressione nella prolusione torinese tenuta a Torino, nel 1851, da Pasquale Stanislao Mancini. Ed echi del dibattito (molto noto anche nell’ambiente torinese) fra Gioberti e Taparelli sono rintracciabili nel testo manciniano, che racchiude in un termine (peraltro di ascendenza taparelliana) — « etnarchia » — la libera costituzione della nazione e « la sua indipendente autonomia verso le nazioni straniere » (140).

Si ricorre dunque a uno strumentario lessicale dove figura, con crescente visibilità, il lemma ‘autonomia’, a partire da un orizzonte storico-ermeneutico dominato dalla convinzione che la nazione sia l’esito più alto del processo storico. Sono però diversi gli effetti che il pre-giudizio nazional-statuale produce nella rappresentazione del comune medievale e nell’impiego del lemma ‘autonomia’. È possibile mantenere ferma l’equazione fra ‘autonomia’, ‘libertà’, ‘indipendenza’, riferirla alle città lombarde, valorizzarne la dimensione ‘repubblicana’ e vedere in esse l’anticipazione di una libertà cui la successiva ‘decadenza’ imporrà una battuta d’arresto. È anche possibile però spostare l’accento sull’esito finale del processo storico per esaltare l’autonomia-indipendenza di una nazione che si fa Stato e vedere quindi nei Comuni medievali, al contempo, un’eroica rivoluzione, ma anche un’innegabile incompiutezza.

Se realtà incompiuta, se momento di un processo comprensibile a partire dal suo esito nazional-statuale, il Comune medievale

(138) Ivi, p. 406.

(139) Ivi, pp. 411-412.

(140) P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al Corso di Diritto internazionale e marittimo ...*, Torino, Botta, 1851, p. 43. Cfr. L. NUZZO, *Pasquale Stanislao Mancini*, in *Il contributo italiano*, cit., pp. 307-310; L. NUZZO, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012; C. STORTI, *Mancini, Pasquale Stanislao*, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 1244-1248.

dovrà essere rappresentato facendo ricorso a un lessico che in qualche modo riesca a dar conto del rapporto fra la ‘parte’ e il ‘tutto’. Questa prospettiva, destinata a notevoli fortune, può contare già negli anni quaranta su qualche anticipazione ⁽¹⁴¹⁾.

Per Luigi Cibrario, fedele seguace di Cesare Balbo e devoto della monarchia sabauda, il « governo municipale » deve, sì, essere presentato come la culla dei « principii di libertà e di nazionalità », a patto però di precisare che esso era caratterizzato non da una « perfetta libertà nel senso moderno », che significa « assoluta indipendenza », bensì dalla « autonomia » ⁽¹⁴²⁾: da quella capacità di vivere secondo leggi e magistrature proprie, « che gli antichi comprendevano sotto al nome d'autonomia » ⁽¹⁴³⁾. In realtà, gli antichi invocati da Cibrario usavano il lemma ‘autonomia-libertà’ come una fisarmonica che poteva estendersi o contrarsi a seconda della necessità, passando dal minimo di una parziale autogestione al massimo di un’indipendente sovranità. Cibrario al contrario sente ormai il bisogno di interrompere il carattere polisemico di ‘libertà-autonomia’ distinguendo nettamente fra ‘autonomia-autogoverno’ e ‘autonomia-indipendenza’ e indicando nella prima, e non nella seconda, il termine correttamente riferibile ai comuni medievali.

Sono diverse le finalità e l’ispirazione dell’opera che il livornese Giuliano Ricci dedica al municipio ⁽¹⁴⁴⁾, proponendosi l’ambizioso scopo di individuare le « unità elementari » della storia italiana e

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. MANNORI, *Autonomia*, cit., che richiama l’attenzione anche su Francesco Forti. Per Forti le città antiche, pur « fatte partecipi della cittadinanza romana », « conservavano l’autonomia, vale a dire il diritto d’usare le proprie leggi, i propri magistrati e l’uso delle proprie religioni » (F. FORTI, *Libri due delle Istituzioni civili accomodate all’uso del Foro*, Volume primo, Firenze, Vieusseux, 1840, p. 74). Per le città italiane dopo la pace di Costanza « l’autonomia » « andò di pari passo coll’assunzione delle forme di libero governo » (ivi, p. 300). Una convincente ricostruzione del pensiero di Forti è offerta da L. MANNORI, *Introduzione*, in *Tra due patrie. Un’antologia degli scritti di Francesco Forti (1806-1838)*, a cura di L. Mannori, Firenze, Le Monnier, 2003, pp. 1-53. Sul rapporto fra Forti e Sismondi cfr. A. CHIAVISTELLI, *Tra Sismondi e Forti: modelli e proposte per la nuova Italia*, in *Sismondi e la nuova Italia*, cit., pp. 237-57.

⁽¹⁴²⁾ L. CIBRARIO, *Storia della monarchia di Savoia*, vol. I, Torino, Alessandro Fontana, 1840, p. 158.

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 155.

⁽¹⁴⁴⁾ G. RICCI, *Del municipio considerato come unità elementare della città e della nazione italiana*. Saggio, Livorno, Meucci, 1847.

individuando proprio nel municipio ciò « che fu perpetuamente base e forma della Nazionalità d'Italia e dei suoi vari corpi politici » (145). Substrato costante della storia d'Italia, i municipi tuttavia non sono storicamente comprensibili se non si coglie in essi « fino dall'alba della rigenerata civiltà la loro irresistibil tendenza a convenire nel gran Corpo politico » (146). È dunque a partire dallo spontaneo movimento dell'unità elementare verso una totalità capace di inglobarla e al contempo valorizzarla che occorre ripensare il concetto di autonomia. È vero che 'autonomia' può significare sovranità-indipendenza come libertà-autogoverno, può riferirsi alla 'parte' come al 'tutto'. È però urgente distinguere fra la parte e il tutto, fra « l'Autonomia locale [...] al di sotto dello Stato » (147), « l'autonomia locale delle unità elementari » (148), e la sovranità.

Per guardare alla parte dal punto di vista della totalità conviene disporre di un lessico capace di esprimere con precisione le differenze e le relazioni che intercorrono fra la prima e la seconda.

7. 'Autonomia-autogoverno' e 'autonomia-indipendenza' fra Otto e Novecento.

In Italia, che esista un forte collegamento fra le città medievali e la nuova entità politica generata dal 'risorgimento' della nazione è una sempre più diffusa convinzione, che Pasquale Villari riassume affermando che « la storia della libertà italiana, dal medio evo sino alla nuova invasione straniera, cominciata con Carlo VIII nel 1494, si riduce principalmente alla Storia dei Comuni » (149). Un'analogia convinzione è diffusa in Germania, impegnata in un processo di *state-building* in qualche misura parallelo al processo in atto in Italia, pur con tutte le rilevanti diversità (culturali e socio-politiche) che dividono i due paesi e le loro storie.

(145) Ivi, pp. 27-28.

(146) Ivi, p. 95.

(147) Ivi, p. 345.

(148) Ivi, p. 400.

(149) VILLARI, *Il Comune italiano*, cit., p. 283. La tesi è ribadita anche in P. VILLARI, *L'Italia, la civiltà latina e la civiltà germanica* (Firenze, Le Monnier 1862), in Id., *Saggi di storia, di critica e di politica*, Firenze, Tipografia Cavour, 1868, p. 48.

Anche la cultura giuridica tedesca fa i conti con il proprio passato, prende in considerazione le città che di quel passato erano state una componente importante e si interroga sul rapporto che le collega con la nuova (progettata e poi realizzata) entità statuale-nazionale. Rispetto alla situazione italiana, intervengono due differenze fondamentali, che incidono sugli strumenti lessicali utilizzati. In primo luogo, la cultura tedesca può avvalersi di una lunga e approfondita riflessione sullo Stato, che non ha riscontri nella cultura italiana. Nella costruzione di una nuova identità collettiva, Stato e nazione rispondono congiuntamente alla medesima esigenza mitopoietica: lo Stato è l'espressione visibile della nazione, la concrezione giuridica, storicamente necessaria, del *Volk*. In secondo luogo, è diverso il rapporto che si è venuto costituendo, in un lunghissimo arco di tempo, fra le città e l'impero: un rapporto dove anche le città che avevano raggiunto un pieno autogoverno — le 'città libere' — avevano trovato nell'impero più un fondamento di legittimità che un ostacolo.

È su questo sfondo che la cultura giuridica tedesca (dal primo Ottocento a fine secolo) impiega il lemma 'autonomia', all'interno di una riflessione che si svolge lungo l'asse del rapporto fra il tutto e le parti. Nel primo volume del suo *Cursus der Institutionen*, uscito nel 1841, Georg Friedrich Puchta presenta lo Stato come una totalità composta di varie componenti e fra queste figurano « die Stadt- und Dorfgemeinden »: « Corporationen », che costituiscono « einen Staat im kleinen ». Sembrerebbe di sentire una lontana eco del settecentesco 'piccolo Stato', se non intervenisse la considerazione che il 'piccolo Stato' ha un rapporto, storicamente e strutturalmente necessario, con il grande Stato. Per Puchta, nel passato è prevalso il rischio di uno scollamento della parte dal tutto; oggi si presenta il pericolo opposto. Il processo storico nel suo complesso è comunque riconducibile a una dialettica dove, pur nella varietà dei momenti, è determinante il collegamento fra il piccolo e il grande, fra il basso e l'alto ⁽¹⁵⁰⁾.

È in questa dialettica che Puchta colloca il lemma « Autonomie »: se guardiamo allo Stato in grande, troviamo la « Gesetzge-

⁽¹⁵⁰⁾ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1853⁴, vol. I, p. 34.

bung », la legislazione; se consideriamo una comunità, anche in essa vediamo svolgersi un'attività normativa (analoga alla legislazione, ma racchiusa nel breve cerchio del 'piccolo Stato') che chiamiamo « Autonomie »⁽¹⁵¹⁾. L'autonomia designa dunque il potere normativo di un ente che, se pure si organizza secondo regole proprie, è comunque membro di un'entità che lo ricomprende.

Pochi anni più tardi, Paul Achatius Pfizer, nella voce *Autonomie* (pubblicata nello *Staats-Lexikon* diretto da Carl von Rotteck e Carl Welcker), muove da un'affermazione che ci è ormai familiare: « sind Autonomie und Freiheit gleichbedeutend ». L'autonomia è il sinonimo di una libertà intesa come « Selbstbestimmung », come l'autodeterminazione di chi vive secondo regole proprie, privo di vincoli nei confronti di leggi emanate da un potere sovrastante. Al contempo, però, Pfizer fa presente che ormai è più usuale designare l'autonomia-indipendenza di un ente con il termine di « Souveränität » e impiegare « Autonomie » per indicare una più limitata sfera di competenze: quella « bedingte Selbstständigkeit und Selbstgesetzgebung » riservata ad elementi ricompresi entro la totalità statale⁽¹⁵²⁾.

Nell'anno successivo, nel 1846, esce il *System* di Georg Beseler, che si preoccupa di offrire una più precisa tavola semantica di « Autonomie », tracciandone la storia. Se in origine, presso i greci, « Autonomie » indicava semplicemente la « Selbstständigkeit eines Staates », in epoche successive il significato è mutato. Per comprendere la direzione e le modalità del cambiamento occorre partire dalle convenzioni lessicali degli antichi giuristi, che parlavano di « ius statuendi scilicet statuta condendi » e riconducevano un siffatto diritto o facoltà « auf das *imperium merum et mixtum* und die *jurisdictio* ». Gradualmente però le varie comunità vengono a gravitare nell'orbita di entità di raggio più vasto, dotate di un vero « Staatsgewalt », e si rende allora necessario distinguere fra il potere

⁽¹⁵¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵²⁾ P.A. PFIZER, *Autonomie*, in C. VON ROTTECK, C. WELCKER (hrsg.), *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften*, Altona, Johann Friedrich Hammerich, 1846, Zweiter Band, pp. 11-12.

della comunità e la sovrastante autorità; ed è « Autonomie » appunto a prestarsi a questo scopo ⁽¹⁵³⁾.

Sono ormai fissati i parametri che la riflessione successiva terrà costantemente presenti: da un lato, l'«autonomia» come sinonimo di indipendenza e autodeterminazione e, dall'altro lato, l'«autonomia» come termine tecnico che rivela tutta la sua utilità quando si voglia descrivere la formazione dello Stato e il rapporto che al suo interno viene a crearsi fra le comunità originarie e l'autorità statale.

A questi estremi si tiene sostanzialmente fedele anche Carl Friedrich Gerber, che però al contempo si preoccupa di delimitare lo spazio giuridico riservato alle comunità e ridimensionare di conseguenza il concetto stesso di autonomia. Nella prospettiva del suo rigoroso formalismo, Gerber dichiara di non interessarsi dell'autonomia come libertà piena e incondizionata e si interroga sulla possibilità di considerarla come una peculiare fonte di diritto. La sua conclusione è però negativa: « es gibt heutzutage keine Autonomie in der Bedeutung einer Rechtserzeugung » ⁽¹⁵⁴⁾. Tanto gli antichi privilegi cetuali (i poteri riservati all'alta nobiltà, su cui Gerber si sofferma) quanto i poteri normativi delle comunità cittadine (e a maggior ragione delle associazioni private) devono fare i conti con la sovranità dello Stato: « die ehemalige gesetzgebend Gewalt der Gemeinden ist längst in dem ausschließlichen Hoheitsrechte des Staats untergegangen » ⁽¹⁵⁵⁾. Certo, prima della formazione dello Stato le comunità cittadine erano contraddistinte da una precisa identità politica, da « ein politisches Gemeinwesen », ma, una volta che la città è divenuta parte della « Staatsverfassung », le sue caratteristiche sono profondamente mutate. L'autonomia, riferita alle comunità cittadine, non può più dunque essere definita come una « rechtserzeugende Gewalt », ma come una più modesta e delimitata sfera di libertà: la « Freiheit der Selbstverwaltung » ⁽¹⁵⁶⁾; una libertà

⁽¹⁵³⁾ G. BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Berlin, Weidmann'sche Buchhandlung, 1847, Erster Band, pp. 94-95.

⁽¹⁵⁴⁾ C.F. VON GERBER, *System des Deutschen Privatrechts* (1848), Jena, Friedrich Mauke, 1860⁷, p. 66.

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, p. 68.

⁽¹⁵⁶⁾ C.F. VON GERBER, *Über den Begriff der Autonomie*, in « Archiv für civilistische Praxis », XXXVII, 1854, 1, p. 58.

che si identifica con lo « Spielraum » che il sovrano decide di riservare alle comunità. Identificata con la « Selbstverwaltung », il termine ‘autonomia’, per Gerber, potrebbe essere tranquillamente espunto dal linguaggio tecnico dei giuristi ⁽¹⁵⁷⁾.

Per cogliere le caratteristiche della parte rispetto al tutto (della comunità locale rispetto allo Stato) il termine ‘autonomia’ non è, secondo Gerber, il più efficace perché è compromesso, per un verso, da contaminazioni a-tecniche, e, per un altro verso, dal ricordo di una (ormai esaurita) dimensione ‘politica’ dei soggetti ‘periferici’; e in ogni caso esso deve essere risolto nel termine ‘Selbstverwaltung’.

Entra in gioco un lemma che occupa una posizione centrale nel dibattito politico e giuridico otto-novecentesco: in Germania, almeno a partire dagli scritti e dagli interventi riformatori di Friederich Karl vom Stein, e in Gran Bretagna, la cui cultura non mancò di influenzare il *Freiherr* prussiano. Pur costretto a rimanere ai margini di un tema così complesso, trovo comunque opportuno registrare almeno una testimonianza, interessante per più motivi; perché mette a fuoco il nesso fra autonomia e auto-governo e perché proviene da un personaggio che si forma in Germania, ma (costretto all’espatrio per la sua militanza politica liberale) trascorre la sua vita prima in Inghilterra e poi negli Stati Uniti d’America: Franz (Francis) Lieber.

Lieber (molto noto nell’ambito degli studi internazionalistici per il famoso *Lieber Code*) dedica un intero libro — *On Civil Liberty and Self-Government*, pubblicato nel 1853 — al concetto di *self-government* e mette a fuoco il rapporto fra questa espressione e i lemmi ‘libertà’ e ‘autonomia’. Secondo Lieber, ‘autonomy’ e ‘self-government’ vengono a formare uno spazio semantico unitario. Entrambi i termini hanno un’originaria valenza etica e hanno a che fare con la capacità di un soggetto di governare se stesso senza interferenze esterne ⁽¹⁵⁸⁾. Per dimostrare l’originaria dimensione etica di ‘self-government’, Lieber rinvia a Richard Price. Per l’esponente del radicalismo inglese di fine Settecento « self-government » è sinonimo di « self-direction » e indica quello stato di libertà morale opposto alla condotta di chi, dominato dalle passioni, cade appunto

⁽¹⁵⁷⁾ Ivi, p. 62.

⁽¹⁵⁸⁾ F. LIEBER, *On Civil Liberty and Self-Government*, London, Bentley, 1853, p. 205, nota 1.

in uno stato di schiavitù (159). Price stesso tuttavia (nonostante i dubbi di Lieber in proposito) non esita a impiegare il termine 'self-governed' per indicare la caratteristica di uno Stato fondato sulla libera partecipazione dei cittadini (160). Ha ragione quindi Lieber nel sostenere che ormai nel tardo Settecento inglese (e diffusamente nel lessico dei 'founding fathers' in America e in particolare in Jefferson) 'libertà', 'indipendenza' e 'self-government' si implicano a vicenda e coincidono con il significato originario, greco, di autonomia. « Autonomy is literally translated self-government » e significa « independence upon other states, a non-colonial, non provincial state of things ». Al contempo però — aggiunge Lieber — dobbiamo prendere atto di un più recente slittamento semantico che ha attribuito a 'self-government' « chiefly or exclusively, a domestic meaning, facing the relations in which the individual and home institutions stand to the state which comprehends them » (161).

Impiegato per sottolineare la libertà dell'individuo di fronte al governo, 'self-government' viene ulteriormente connotato come « local and institutional self-government » e riferito a una comunità impegnata a gestire i propri affari (162).

L'autonomia come « local self-government » di un'entità che si muove all'interno di una totalità: è in questa prospettiva che Rudolf von Gneist presenta il *self-government* inglese (163); come « ein Auftrag der Staatsfunktionen an die Commune » (164), una ripartizione dei compiti all'interno della totalità nazional-statuale che si

(159) R. PRICE, *Observations on the Nature of Civil Liberty, the Principles of Government, and the Justice and Policy of the War with America* (1776), Dublin, Exshaw et. al., 1776, p. 5.

(160) Ivi, p. 14.

(161) F. LIEBER, *On Civil Liberty*, cit., p. 23.

(162) Ivi, pp. 205-206.

(163) Sulla ricezione in Germania di 'selfgovernment' cfr. H.-Ch. KRAUS, 'Self-government' — *Die englische lokale Selbstverwaltung im 18. Und 19. Jahrhundert und ihre deutsche Rezeption*, in *Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit*, hrsg. H. Neuhaus, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, pp. 213-46.

(164) R. GNEIST, *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverwaltung, oder des Selfgovernment* (1859), Berlin, Springer, 1863², p. 1211.

mostri capace di combinare armoniosamente le esigenze della centralizzazione e del decentramento ⁽¹⁶⁵⁾.

L'autonomia è ora parte essenziale di un rapporto che ha, a un estremo, la comunità locale e, all'altro estremo, lo Stato. Essa può essere anche definita come « eine gesetzgebende Gewalt », come il potere normativo di un ente — così Paul Laband nel suo *Staatsrecht* del 1876 — a patto però di concepire quel potere « im Gegensatz zur Souveränität » ⁽¹⁶⁶⁾. L'autonomia, per un verso, rinvia al potere normativo di un ente particolare, mentre, per un altro verso, presuppone la presenza di un entità sovrastante e sovrana.

Certo, Laband è una delle voci più rigidamente 'statualistiche' della giuspubblicistica tedesca del secondo Ottocento. Se muta la prospettiva di fondo e cambia in profondità la visione dello Stato (e dello stesso sapere giuridico), come avviene con Otto von Gierke, gli accenti non possono non essere diversi; e tuttavia nemmeno le convergenze sono trascurabili.

Nel volume, pubblicato nel 1868, che dà inizio alla sua monumentale, ricchissima analisi della *deutsche Genossenschaft* ⁽¹⁶⁷⁾, Gierke svolge coerentemente il filo della storia che egli intende ricostruire: una storia che, a suo avviso, procede dalla frammentazione verso l'unità all'insegna di una progressiva « Selbstbefreiung des deutschen Volk », sospinta dalle profonde forze creatrici della nazione e destinata a compiersi nel nostro secolo ⁽¹⁶⁸⁾.

Sono le più diverse comunità a formare, in un percorso secolare, il vero tessuto connettivo della società e fra esse svolge un ruolo antagonista la città. Anche Gierke avrebbe potuto sottoscrivere, in termini generali, l'icastica frase di Villari: la libertà e il mondo moderno affondano le radici nelle città medievali. In esse emergono comportamenti e valori destinati a caratterizzare il futuro Stato: nasce in quel contesto la « Selbstverwaltung », viene sottolineata la necessaria corrispondenza (decisiva, secondo Gierke, anche

⁽¹⁶⁵⁾ Ivi, pp. 1214-15.

⁽¹⁶⁶⁾ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, Laupp'schen Buchhandlung, 1876, Bd. 1, p. 108.

⁽¹⁶⁷⁾ O. GIERKE, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868.

⁽¹⁶⁸⁾ Ivi, p. 297.

per il nostro presente) fra diritti e doveri; si forma l'idea di un potere e di un governo unitari, di una legge vincolante per tutti, in una parola, l'idea « eines Staates überhaupt » (169).

Le città medievali hanno lottato per la libertà, seguendo però strade diverse. Le città tutte si sono impegnate per affermare la pienezza del loro potere, ma per lo più hanno dovuto abbassare il tiro e rassegnarsi a divenire, anziché « Freistaaten », solo « freie Städte » (quali, emblematicamente, le città imperiali in Germania). Certo, un cammino diverso è stato intrapreso dalle città italiane, che hanno raggiunto l'obiettivo più ambizioso. Nel lungo periodo però il loro esperimento è stato fallimentare. Le tanto celebrate « Stadtrepubliken » italiane, dilaniate dai conflitti interni, sono sfociate nella tirannia (170), mentre in Germania il processo storico ha imboccato senza esitazioni la strada maestra: la progressiva ricomposizione della molteplicità nell'unità.

Le città, in generale, hanno avuto il merito di richiamare a nuova vita l'ormai spento « Staatsbegriff ». È però in Germania che sono maturate le condizioni più favorevoli alla creazione di un nuovo, moderno assetto dei poteri in quanto le città, dopo aver compiuto la loro missione storica, sono divenute parti di una « höhere Staatseinheit ». La molteplicità si è ricomposta, dopo un lungo travaglio, in una superiore unità, ma resta ancora aperto il problema del rapporto fra le parti e il tutto. Per Gierke occorre scegliere una soluzione intermedia fra l'impostazione francese, che riduce le entità locali a istituzioni statali, e la visione medievale, che le considera corpi chiusi e autosufficienti, e guardare all'Inghilterra, che ha saputo costruire un grande Stato senza annullare la « historische Gemeindefreiheit » (171).

Torna a farsi sentire, all'interno dell'originale riflessione gierkeana, la medesima esigenza che aveva indotto Gneist, pochi anni prima, a presentare ai suoi connazionali la storia e il significato del *self-government* inglese: l'esigenza di intendere il presente e il pas-

(169) Ivi, pp. 300-301.

(170) *Ibidem*.

(171) O. GIERKE, *Gemeinde* (1876), in *Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung*, hrsg. F. von Holtzendorff, *Zweiter Theil, Rechtslexikon, Zweiter Band*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1881³, pp. 43-44.

sato delle comunità locali e metterle in rapporto con la totalità statale ⁽¹⁷²⁾.

Siamo di fronte a un nodo decisivo del pensiero politico-giuridico otto-novecentesco, che non può non influenzare a fondo la comprensione del passato. Resta comunque ferma la distinzione fra 'uso' e 'interpretazione' del materiale storico; e anche se non mancano connessioni e sovrapposizioni fra testi ascrivibili indicativamente all'una o all'altra classe, è percepibile la differenza fra 'generi letterari' diversi perché organizzati intorno a 'domande' inconfondibili. Al contempo, però, anche i testi che perseguono una 'disinteressata' ricostruzione del Comune medievale e riescono a conseguire risultati storiograficamente importanti ⁽¹⁷³⁾ conducono le loro operazioni ermeneutiche nell'orizzonte di una visione etico-politica che fa dello Stato-nazione il culmine della storia e il tramite indispensabile della libertà e della civiltà.

È in Germania, più che in Italia, che una siffatta dottrina dello Stato aveva usufruito di una lunga e capillare elaborazione. Anche in Italia tuttavia, compiuta l'unificazione politica del paese, si sviluppa un vivace sapere giuspubblicistico, sempre più attento ai risultati raggiunti dalla cultura giuridica tedesca.

Era comune ai due paesi l'esigenza di ricondurre la molteplicità all'unità. Per raggiungere questo scopo era però possibile percorrere strade (almeno in parte) diverse. Chi era intenzionato a comprendere e a valorizzare il ruolo delle comunità locali poteva trarre importanti suggestioni dal grande affresco gierkeano. È un attento lettore di Gierke Giovanni Vacchelli, convinto che lo Stato

⁽¹⁷²⁾ Lungi dall'essere antagonistiche alla centralità dello Stato, le teorie tedesche dell'autogoverno « son sempre state concepite come principi integratori della statualità » (F. RUGGE, *'Selbstverwaltung'. Metamorfosi di una nozione costituzionale nella Germania contemporanea*, in *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, a cura di P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1993, p. 164). Cfr. G. DILCHER, *Zum Verhältnis von Autonomie, Schriftlichkeit und Ausbildung der Verwaltung in der mittelalterlichen Stadt*, in *Selbstverwaltung in der Geschichte*, cit., pp. 9-29.

⁽¹⁷³⁾ « Questo ritorno al Medioevo con l'animo ricolmo dei problemi e delle passioni politiche del primo e ultimo Ottocento fu [...] straordinariamente fecondo per le sorti della storiografia sul Medioevo » (E. SESTAN, *La storiografia medievalistica*, in Id., *Scritti vari, III, Storiografia dell'Otto e Novecento*, a cura di G. Pinto, Firenze, Le Lettere, 1991, p. 35).

moderno trovi « nel Comune antico la sua genesi storica, assai più che nelle precedenti forme di grandi Stati nazionali »⁽¹⁷⁴⁾. In questa cornice Vacchelli impiega il termine 'autonomia'. In origine (presso i Greci) 'autonomia' coincide con 'sovranità'. 'Sovranità' è però ormai l'emblema dello Stato moderno. Le città medievali allora, se vengono considerate nella loro irrelata identità, possono anche essere assunte come esempi del « Comune-Stato » e presentate esse stesse come uno 'Stato'; se però vengono rapportate a un 'centro' sovrastante, occupano una posizione intermedia fra il singolo e la totalità ed è in questa prospettiva che conviene fare ricorso al termine 'autonomia' (175).

Il « Comune-Stato », come scrive Vacchelli. E in effetti è proprio nel corso dell'Ottocento che per definire le antiche 'repubbliche' viene coniato e prende a diffondersi il termine 'città-Stato'. Come ha mostrato Mogens Herman Hansen, è stato il latinista (e uomo politico) danese Johan Nicolai Madvig a creare, in un saggio del 1840, il termine « Bystat », 'città-Stato', riferendolo a Roma. A partire dalla traduzione tedesca del saggio di Madvig, il termine ('city-state', 'Stadtstaat', 'cité-État', 'città-Stato') prenderà a circolare in varie lingue europee per essere impiegato innanzitutto per definire la *polis* greca e la *civitas* romana (176). Non senza la mediazione di Bluntschli e di Burckhardt (177) (esplicitamente richiamato), 'Stadtstaat' è il termine impiegato anche da Georg Jellinek, nella sua

(174) G. VACCHELLI, *Il Comune nel diritto pubblico moderno. Monografia di diritto amministrativo*, Roma, tipografia della Camera dei Deputati, 1890, p. 5.

(175) Ivi, p. 93. Cfr. l'approfondita analisi del contributo di Vacchelli offerta da G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana, I, Dall'unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali. Amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 701 e ss.

(176) M.H. HANSEN, *Polis, Civitas, Stadtstaat and city-state*, in *From Political Architecture to Stephanus Byzantius. Sources for the Ancient Greek Polis*, D. Whitehead ed., Stuttgart, Franz Steiner, 1994, pp. 19-22.

(177) È importante in Burckhardt il tema del contrasto fra il « Kleinstaat » e il « Großstaat ». Si vedano le *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, pubblicate postume nel 1905 (J. BURCKHARDT, *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, Berlin-Stuttgart, Spemann, 1910², p. 122 e ss.). Cfr. W. KAEGI, *Il piccolo Stato nel pensiero europeo*, in Id., *Meditazioni storiche*, Bari, Laterza 1960, pp. 33-90; M. BAZZOLI, *Il piccolo Stato nell'età moderna. Studi su un concetto della politica internazionale tra XVI e XVIII secolo*, Milano, Jaca Book 1990.

Allgemeine Staatslehre, del 1900, per definire la *polis*: « Der griechische Staat ist Stadtstaat, d.h. die Polis » (178). E 'città-Stato', « Stadtrepubliken », sono per Jellinek i Comuni medievali italiani, « staatsähnliche organisierte Städte », impegnati nel tentativo di conseguire la « Staatseinheit ». Che sia in gioco la comprensione della *polis* greca o del comune medievale, la cultura giuridica ottocentesca procede alla « elaborazione dei concetti di stato-città e di polis » presupponendo « un confronto, implicito o esplicito, con lo stato nazionale moderno » (179).

Non è scomparsa la terminologia che presenta la città medievale come 'repubblica', « Comune-Stato » (come lo chiama Vacchelli), città-Stato. Quale che sia comunque la terminologia adottata, il trionfo dell'ideologia politica e della dottrina giuridica dello Statonazione induce a fare della connessione fra le parti e il tutto l'orizzonte imprescindibile del discorso e a mostrare in questa luce gli specifici temi volta a volta affrontati. È in questa prospettiva che la cultura giuridica tedesca ha impiegato il termine 'autonomia', ha guardato con interesse al *self-government* inglese e ha infine fatto coincidere 'autonomia' con '*Selbstverwaltung*'.

L'importanza di questa operazione non sfugge alla dottrina giuridica italiana più aggiornata e informata sugli ultimi sviluppi della riflessione tedesca. Ne è un esempio Alfredo Codacci Pisanelli, che fa propria la dottrina tedesca dello Stato di diritto e propone di adottare, anche in italiano, come calco di '*Selbstverwaltung*', l'espressione 'autoamministrazione', in modo da purificare il lessico giuridico da possibili ambiguità, al contempo, 'sostanzialistiche' e 'rousseauviane' (180). A raccogliere le preoccupazioni di Codacci Pisanelli interviene un allievo di Vittorio Emanuele Orlando, Santi

(178) G. JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, Erster Band, *Allgemeine Staatslehre* (1900), Berlin, Häring, 1905², p. 292.

(179) E. GABBA, *Riflessioni intorno all'idea di Polis*, in *Polis e piccolo Stato tra riflessione antica e pensiero moderno*, a cura di E. Gabba e A. Schiavone, Como, New Press, 1999, p. 13.

(180) Su Codacci Pisanelli e più in generale sullo sviluppo complessivo della scienza amministrativistica italiana cfr. l'importante contributo di G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., p. 685 e ss. Cfr. anche ID., *La dottrina amministrativistica italiana e la nozione di autarchia*, in *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, a cura di P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1993, pp. 119-62.

Romano, che suggerisce l'impiego di un termine — 'autarchia' — che, senza essere un calco di '*Selbstverwaltung*', prometteva di essere ancora più efficace nell'offrire un limpido e inequivoco collegamento giuridico-formale fra le 'periferie' e il 'centro' statale ⁽¹⁸¹⁾.

Nemmeno 'autarchia' è un neologismo, in nessuna delle più diffuse lingue europee. Nella letteratura inglese anzi esso condivide con '*self-government*' un'originaria valenza etica. Nel titolo di un'opera di fine Seicento ⁽¹⁸²⁾, '*autarchy*' compare come sinonimo di '*self-government*' e trae il suo senso da quella filosofia neo-stoica che nell'Europa cinque-seicentesca aveva avuto non poche e non trascurabili testimonianze (a partire da Justus Lipsius): l'autarchia come quella capacità di autocontrollo e di governo delle passioni che rende il saggio libero e padrone di sé. Ancora una volta, è possibile intravedere un originario campo semantico dove 'libertà', 'autocontrollo', 'autogoverno', 'autonomia', 'indipendenza' si sostengono a vicenda.

Non è però questa troppo remota fluidità semantica di 'autarchia' a costituire un handicap per il suo impiego da parte dei giuristi di fine secolo. Al contrario, la sua limitata presenza nel lessico giuridico italiano ⁽¹⁸³⁾ lascia campo libero a Romano per una ri-definizione tecnica del termine che lo renda più preciso di 'autonomia' nel definire la posizione giuridica della comunità locale di fronte allo Stato. Se 'autonomia' poteva apparire un termine troppo appesantito, per un verso, dalla rievocazione dei Comuni medievali e, per un altro verso, dalle rivendicazioni politiche (appunto, se mi si passa il bisticcio) 'autonomistiche', 'autarchia' si presta a cogliere — *sine ira et studio* — le caratteristiche giuridiche di un ente nella sua strutturale connessione con lo Stato.

⁽¹⁸¹⁾ Accenna alla dipendenza di 'autarchia' da '*Selbstverwaltung*' A. LONGO, *L'evoluzione dei concetti di libertà individuale e dell'autonomia comunale durante il secolo XIX*, in « Archivio giuridico », LXXIII, 1904, p. 330.

⁽¹⁸²⁾ *Autarchy, or The Art of Self-government in a Moral Essay*, London, Newman, 1691, attribuito a George Burghope.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. B. MIGLIORINI, *Storia del termine 'autarchia'* (1934), ora in ID., *Saggi sulla lingua del Novecento*, Firenze, Sansoni, 1941, pp. 180-199. Cfr. anche S. CASSESE, *Autarchia*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. IV, pp. 325-331; E. GUSTAPANE, '*Autarchia*'. *Profilo storico di un termine giuridico in disuso*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXX, 1980, pp. 200-210.

È in risposta a questa esigenza che Romano ⁽¹⁸⁴⁾ si sofferma sull' 'autarchia', in un' impegnativa 'voce' dell' *Enciclopedia giuridica italiana* e poi in un saggio di grande respiro pubblicato nel *Trattato* diretto da Vittorio Emanuele Orlando. Per Romano, l' autarchia è la capacità di un ente di agire « nell' interesse proprio e dello Stato insieme » ⁽¹⁸⁵⁾, è « un' amministrazione statale indiretta » ⁽¹⁸⁶⁾. Se nella retorica del *nation-bulding* si tendeva a vedere nei Comuni la matrice di un processo che si sarebbe compiuto nello Stato, nel rigoroso formalismo statualistico del giurista tardo-ottocentesco la logica è rovesciata: « lo Stato è il centro intorno a cui gravita tutto il diritto pubblico [...], è unico nella sua specie, ed è esso, che [...] comunica il proprio tipo [...] alle altre comunità politiche » ⁽¹⁸⁷⁾. Quando 'autarchia' diviene il termine impiegato per diagnosticare la natura giuridica della comunità locale, cade « quell' alterità originaria del Comune che la precedente dottrina aveva, più o meno tralattivamente, ammesso » ⁽¹⁸⁸⁾.

Possiamo allora concludere che, con il trionfo di 'autarchia', il termine 'autonomia', se pure prospera nella letteratura federalistica e municipalistica, viene espunto dal lessico teorico-giuridico e storico-giuridico? Sarebbe una conclusione affrettata. Certo, con il successo della proposta romaniana la dottrina amministrativistica trova in 'autarchia' la carta vincente per ricondurre le periferie cittadine al centro statale. È però anche vero che la ri-definizione di 'autarchia' presuppone il campo semantico di cui 'autonomia' era una componente. L' introduzione di 'autarchia' nel lessico specialistico del giurista amministrativista serve ad evidenziare e a rafforzare la dimensione giuridico-formale di quel concetto di 'autonomia-

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. E. RIPEPE, *La teoria dell' ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Il contributo italiano*, cit., pp. 475-82; A. SANDULLI, *Romano, Santi*, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 1728-31.

⁽¹⁸⁵⁾ S. ROMANO, *Decentramento amministrativo* (1897), in *Enciclopedia giuridica italiana*, Napoli, Vallardi, 1897, IV, Parte I, p. 450.

⁽¹⁸⁶⁾ S. ROMANO, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società Editrice Libreria, 1908, Vol. II, p. I, p. 598.

⁽¹⁸⁷⁾ Ivi, p. 515.

⁽¹⁸⁸⁾ F. RUGGE, *Il problema dell' amministrazione*, in *Il contributo italiano*, cit., p. 332.

Selbstverwaltung' che la dottrina tedesca aveva ampiamente elaborato.

Se dunque 'autarchia' si pone sulla medesima linea di (uno dei significati di) 'autonomia' e se entrambe hanno senso in quanto immesse nell'orizzonte della statualità, è comprensibile che l'adozione del primo termine non renda superfluo il ricorso al secondo, impiegabile quando sia in questione un problema di relazione fra diverse entità giuridiche. È lo stesso Romano che vi fa riferimento in più occasioni, nell'opera che lo consacra come teorico del diritto (e non solo come giuspubblicista) — *L'ordinamento giuridico* — e infine in un'apposita 'voce' dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*.

Nell'opera del 1918 — *L'ordinamento giuridico* — Romano, illustrando i capisaldi della sua teoria istituzionalistica, si sofferma su diversi tipi di istituzioni (originarie o derivate, semplici o complesse) e sui rapporti che possono instaurarsi fra esse ⁽¹⁸⁹⁾. È in questo contesto che il termine 'autonomia' torna a fare capolino, pur senza ricevere una specifica tematizzazione.

Romano mostra di aver presente la rosa di significati tradizionalmente attribuiti ad 'autonomia'. Non è però 'autonomia' il concetto su cui egli fa leva per dimostrare la sua tesi centrale: l'esistenza di ordinamenti che si vengono formando per forza propria (indipendentemente dalla volizione statale, a conferma della priorità del diritto-ordinamento sullo Stato). Valgano, a riprova, le sue considerazioni sulla natura ordinamentale della Chiesa. Per dimostrare la sua irriducibilità allo Stato non è al termine 'autonomia' che, per Romano, conviene ricorrere. Esso non « risolve la questione ». Se intendiamo l'autonomia « nel senso di potestà di darsi un proprio ordinamento » e l'applichiamo alla Chiesa, la riconduciamo al rango di un ente autarchico, vincoliamo la sua giuridicità al rapporto con lo Stato, mentre « il potere » della Chiesa « preesiste al riconoscimento statale » ⁽¹⁹⁰⁾.

« Il potere di autonomia » fa riferimento al rapporto fra un ordinamento inferiore e un ordinamento superiore: quando que-

⁽¹⁸⁹⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1962², p. 141 e ss.

⁽¹⁹⁰⁾ Ivi, p. 118.

st'ultimo « conferirà all'istituzione dipendente il potere di porre da sé il proprio ordinamento », si avrà « il cosiddetto potere di autonomia, in uno dei vari significati in cui tale parola è usata » (191). Romano ricorda l'originaria polisemia di 'autonomia', ma preferisce impiegare il termine nel quadro del rapporto fra l'ordinamento statale e le istituzioni ad esso connesse. È lo Stato che attribuisce ad esse (ai Comuni, alle istituzioni di beneficenza, alla « così detta autonomia dei privati ») il loro spazio di azione ed è lo Stato che « può ritogliere alle istituzioni [...] quel potere di autonomia che esso ha loro attribuito » (192). È appunto a una siffatta interazione fra ordinamenti (superiore e inferiore) che intende fare riferimento l'autarchia (la 'autonomia-autarchia') (193).

La prospettiva non sembra mutata quando, a distanza di molti anni, Romano torna *ex professo* sul tema dell'autonomia. Egli non manca di ricordare la pluralità di significati del termine: 'autonomia' indica, in generale, « ogni possibilità di autodeterminazione » e, più specificamente, « il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri » (194). Il centro del suo discorso è però un altro: l'affermazione che 'autonomia' indica un potere non assoluto, ma relativo, perché attiene alla posizione di un ente a qualche titolo dipendente da un altro, contro la tesi di chi identifica l'autonomia di un ente con la sua indipendenza da qualsiasi altro ordinamento (195).

Per confermare la sua tesi, Romano ricorre anche alla storia: è solo in Grecia che 'autonomia' coincide con ciò che poi fu detto 'sovranità'. In seguito, però, muta il concetto di autonomia, che « fu riferito anche all'autolegislazione non illimitata né sovrana » (196). Sono per l'appunto i Comuni medievali la realtà cui questo diverso concetto di autonomia si attaglia; e a partire da essi inizia un

(191) Ivi, p. 149.

(192) Ivi, pp. 150-51.

(193) Ivi, p. 167.

(194) S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, 1953², p. 14.

(195) ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 16.

(196) Ivi, 17.

processo che conduce a fare dell'autonomia un « istituto che, non solo deve riferirsi anche agli ordinamenti non originari, ma, in certo senso, riguarda principalmente, se non esclusivamente, tali ordinamenti. Per quelli originari, infatti, il loro carattere di autonomia è a ritenersi implicito in quello della sovranità » (197).

Dietro l'«autarchia» dei soggetti ausiliari dello Stato vediamo entrare di nuovo in scena i Comuni medievali, presentati come il banco di prova di un'«autonomia» che troverà nella cornice dello Stato moderno la sua conclusiva esplicazione. L'evocazione delle lontane città non è in realtà sorprendente. Romano, nel momento in cui affermava l'equazione fra istituzione, ordinamento e diritto e la necessaria pluralità delle istituzioni, dichiarava apertamente il suo debito nei confronti di Gierke (198), pur sottolineando (a ragione) il carattere « più intrinsecamente giuridico della sua definizione di istituzione » (199). Con Gierke però Romano condivideva non soltanto la tesi della pluralità dei gruppi sociali (delle comunità, delle istituzioni) (200), ma anche la convinzione che lo Stato fosse, per un verso, un ordinamento fra i molti, ma, per un altro verso, in quanto titolare della sovranità, il principio di unificazione della società moderna e il portato ultimo della storia.

(197) *Ibidem*.

(198) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 131-33. Sul nesso fra Gierke e Romano cfr. M. FUCHS, *La "Genossenschaftstheorie" di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IX, 1979, 1, pp. 65-80.

(199) *Ivi*, p. 133.

(200) È analoga l'impostazione caratteristica della teoria pluralista dello Stato sviluppata in Inghilterra a partire da Maitland, che non a caso si fa tramite della traduzione e della circolazione del pensiero di Gierke in Inghilterra. Cfr. P.Q. HERST, *Introduction*, in *The Pluralist Theory of the State*, P.Q. Herst ed., London-New York, Routledge, 1989, pp. 1-47; M. PICCININI, *Introduzione*, in F.W. MAITLAND, *Libertà e uguaglianza nella filosofia politica inglese*, Torino, La Rosa, 1996, pp. VII-LXXXII; M. PICCININI, *Le avventure dell'anacronismo. Storia giuridica, Jurisprudence e concettualità politica in F.W. Maitland in Le forme della libertà*, a cura di G. Valera, London, South Bank University Press/Lothian Foundation, 2000, pp. 229-241. Mi permetto di rinviare a P. Costa, «*Oltre lo Stato: teorie 'pluralistiche' del primo Novecento*», in «Sociologia e politiche sociali», 5, 1, 2002 [Agire associativo e sfera pubblica, a cura di M. Bortolini], pp. 11-35.

8. *L' 'autonomia' dei Comuni medievali nella storiografia giuridica fra Otto e Novecento.*

La fibrillazione semantica di 'autonomia' — continuamente oscillante fra gli estremi (per intenderci) dell' 'autonomia-indipendenza' e dell' 'autonomia-self-government' — sembra essersi acquietata, sia pure con fatica e resistenze, nel corso dello *State-building* italiano e tedesco. Un notevole contributo era provenuto dalla cultura giuridica tedesca, che, pur seguendo strade per molti aspetti divergenti (si pensi, emblematicamente, all' organicismo di Gierke e Preuss e all' imperativismo di Laband), era riuscita comunque a offrire una rappresentazione coerente, al contempo storico-genetica e giuridico-sistematica, della molteplicità delle parti nell' unità dello Stato. In questa rappresentazione, un' importante leva lessicale era stata per l' appunto 'autonomia', utilizzata per cogliere la posizione di un ente nella sua costitutiva relazionalità con un ente superiore.

Il termine 'autonomia' quindi può essere giocato in due direzioni: come strumento di un' analisi giuridico-sistematica del rapporto fra centro e periferia (dove sollecita l' introduzione di lemmi nuovi o ri-definiti, quali 'autarchia') oppure come ingrediente lessicale nella rappresentazione dei Comuni medievali, da parte di una storiografia giuridica che, in Italia, veniva valorizzando la sua vocazione civile e si presentava come una componente importante del nuovo assetto statual-nazionale.

Certo, la storiografia sta ampliando notevolmente lo spettro della sua analisi. Già in Pasquale Villari i temi (fra loro intrecciati) dell' origine del comune sullo sfondo della lotta fra stirpi e razze diverse e dell' innesto della storia comunale nella storia della nazione tendono a sfociare nella messa a fuoco della dinamica socio-economica del Comune ⁽²⁰¹⁾. Se fino ad allora era l' identità nazionale il filo conduttore del processo storico analizzato, il quadro prendeva a complicarsi, nei decenni post-unitari, perché stavano cambiando le 'domande previe' sollecitate dal presente e l' attenzione prendeva a concentrarsi (valga il riferimento alla giovanile opera di

⁽²⁰¹⁾ Cfr. M. MORETTI, *Pasquale Villari storico e politico*, Napoli, Liguori, 2005, pp. 109-110.

Gaetano Salvemini ⁽²⁰²⁾) sui conflitti e sulla composizione economico-sociale della città medievale ⁽²⁰³⁾.

« In quegli anni di fine secolo — scrive Massimo Vallerani — si era spostato l'asse dell'interesse profondo per l'esperienza comunale: dalle istituzioni politiche si era passati alle istituzioni sociali, dai governi alle classi » ⁽²⁰⁴⁾ e di conseguenza era diminuita l'attenzione al rapporto fra le città e i poteri sovrastanti. Per Gioacchino Volpe resta ferma la convinzione di un ideale collegamento fra il Comune medievale e il futuro assetto dello Stato moderno ⁽²⁰⁵⁾, ma ciò non lo induce a dubitare della già rilevante 'statualità' del primo. Il Comune, per Volpe, « agisce come uno Stato qualunque, associazione insieme volontaria e necessaria, capace di aggregare a sé » vari soggetti e imporre la propria legge » ⁽²⁰⁶⁾ e proprio per questo si fa tramite di una reinvenzione della 'politica' intesa come « un'azione consapevole e durevole dell'uomo sul complesso degli altri uomini » ⁽²⁰⁷⁾. Anche per Volpe lo Stato è, al contempo, il *tèlos* immanente del processo storico e la premessa dalla quale muovere per intendere le forme politiche del passato. Il tema della sua ricerca è però l'intrinseca strutturazione politica del Comune cittadino e non la sua collocazione in una rete di rapporti inter-ordinamentali.

Diverso è l'atteggiamento prevalente degli storici del diritto, che non appaiono indifferenti al lungo processo di depurazione cui il termine 'autonomia' era stato sottoposto dalla cultura giuridica tedesca. È 'autonomia' il lemma che impiega l'autore del primo grande manuale di storia giuridica italiana post-unitaria ⁽²⁰⁸⁾, Anto-

⁽²⁰²⁾ G. SALVEMINI, *Magnati e Popolani in Firenze dal 1280 al 1295* (1899), Milano, Feltrinelli, 1966. Cfr. E. ARTIFONI, *Salvemini e il Medioevo. Storici italiani fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1990.

⁽²⁰³⁾ Cfr. M. MORETTI, *Appunti sulla storia della medievistica italiana fra otto e novecento: alcune questioni istituzionali*, in « *Revista de Historia Jerónimo Zurita* », 82, 2007, pp. 155-174.

⁽²⁰⁴⁾ VALLERANI, *Il comune come mito politico*, cit., p. 196.

⁽²⁰⁵⁾ VALLERANI, *Modelli di comune*, cit., p. 86.

⁽²⁰⁶⁾ G. VOLPE, *Questioni fondamentali sull'origine e svolgimento dei comuni italiani (secoli X-XIV)* (1904), in ID., *Medioevo italiano*, Firenze, Sansoni, 1961, p. 105.

⁽²⁰⁷⁾ Ivi, p. 114.

⁽²⁰⁸⁾ Sulla manualistica cfr. I. BIROCCHI, *I manuali di insegnamento della storia del diritto nel secolo XIX in Italia*, in *Dalla pecia all'e-book. Libri per l'università: stampa,*

nio Pertile ⁽²⁰⁹⁾, ritenendolo più proprio del termine ‘repubblica’: « se per repubblica s’intende designare, come suolsi comunemente, uno stato pienamente sovrano e che però non ha sopra di sé alcun superiore, un tal nome non s’addice alle nostre città, la cui condizione politica non fu sovranità e indipendenza, ma soltanto autonomia, avendo esse professato sempre di riconoscere la supremazia dell’impero » ⁽²¹⁰⁾. E nello stesso ordine di idee si muove Giuseppe Salvioli ⁽²¹¹⁾, che parla di ‘autonomia’ per le città lombarde proprio perché la pace di Costanza le ha collocate nella « posizione di liberi ordini imperiali, accanto ai principi, assimilate nel diritto e nel fatto ai grandi vassalli della corona, senza però prestare i servizi feudali » ⁽²¹²⁾. Salvioli è disposto a riconoscere ad esse una « libertà repubblicana », che però non sembra differenziarle alla radice dall’‘autonomia’ di cui godono le ‘città imperiali’ tedesche.

Ovviamente, l’analisi dei comuni medievali proposta dalla storia giuridica italiana fra Otto e Novecento non si esaurisce in monotone variazioni sul tema ‘autonomia’, ma offre una ricostruzione ravvicinata della struttura politico-giuridica della città nelle sue varie fasi. Non è possibile nemmeno accennare ai contenuti di questa ricostruzione. Quali che siano comunque i risultati volta a volta raggiunti, il metalinguaggio adottato sembra riservare un trattamento di favore al termine ‘autonomia’.

La più eloquente testimonianza di una siffatta scelta metalin-

editoria, circolazione e lettura, a cura di G.P. Brizzi e M.G. Tavoni, Bologna, CLUEB, 2009, pp. 377-392.

⁽²⁰⁹⁾ M.G. DI RENZO VILLATA, *Per una storia del diritto (italiano). Antonio Pertile e la prima cattedra della materia*, in « Quaderni per la storia dell’università di Padova », 2012, pp. 63-103; E. CORTESE, *Pertile, Antonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 1550-52.

⁽²¹⁰⁾ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell’impero romano alla codificazione*, vol. 2, Parte I (*Storia del diritto pubblico e delle fonti*, per cura di Pasquale del Giudice), Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1897², p. 55.

⁽²¹¹⁾ Cfr. F. MAZZARELLA, *Giuseppe Salvioli*, in *Il Contributo italiano*, cit., pp. 417-21; N. VESCIO, *Salvioli, Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 1777-80.

⁽²¹²⁾ G. SALVIOLI, *Manuale di Storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1892², p. 217.

guistica, nel primo Novecento, proviene da Arrigo Solmi ⁽²¹³⁾, che in una ‘voce’ (dedicata alla storia del Comune) nell’*Enciclopedia Giuridica Italiana* e nel suo manuale di storia del diritto indica nel termine ‘autonomia’ lo strumento migliore per cogliere le caratteristiche proprie del Comune medievale.

‘Autonomia’ serve innanzitutto « ad indicare lo slancio della vita nazionale, spontaneamente risorta negli ultimi secoli del medio evo », capace di « emergere sulle differenze locali, tuttora vittoriose, fissando le prime linee della nazione moderna » ⁽²¹⁴⁾. ‘Autonomia’, per un verso, allude a una dimensione di libertà creatrice, al carattere spontaneo di un determinato fenomeno politico-sociale, mentre, per un altro verso, rappresenta « un principio di concessione e di limite, derivante da un’ autorità superiore ». È la tensione fra libertà e autorità che sta al fondo del concetto di ‘autonomia’ e si ripresenta nei diversi momenti storici, ora dando luogo alla prevalenza del centro sulle periferie, come avviene con l’odierno Stato nazionale, ora favorendo la formazione, come nel medioevo, di « elementi di sovranità », che però non raggiungono mai « l’estensione piena e assoluta dello Stato moderno » ⁽²¹⁵⁾.

È dalla felice combinazione fra i particolarismi dei poteri locali e le ambizioni universalistiche del papato e dall’impero che nasce « un assetto giuridico sufficientemente coordinato » cui « conviene il nome di autonomia »: un assetto in cui « la vita pubblica delle singole circoscrizioni politiche trova, se non di fatto, almeno di diritto, un limite nell’autorità politicamente superiore » ⁽²¹⁶⁾. È da questo « sistema di autonomie » che si diparte un processo che condurrà al « diritto delle nazioni moderne » ⁽²¹⁷⁾.

Certo, quando Solmi si dedica a una ricostruzione più ravvicinata dei Comuni medievali, egli non esita a elencare una serie di poteri (il potere costituente, il potere normativo, esecutivo, giurisdi-

⁽²¹³⁾ Cfr. A. MATTONE, *Solmi, Arrigo*, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 1889-92.

⁽²¹⁴⁾ A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1930³, pp. 409-10.

⁽²¹⁵⁾ Ivi, p. 411.

⁽²¹⁶⁾ Ivi, pp. 412-413.

⁽²¹⁷⁾ Ivi, p. 416.

zionale) di ampiezza e incisività tali da indurci a credere che anch'egli voglia utilizzare l'immagine del Comune come 'città-Stato', ancora circolante fra gli storici del diritto. Francesco Ercole vi aveva fatto ricorso, agli inizi del secolo, sostenendo che « la base del diritto pubblico italiano era davvero, durante il secolo XIV, ciò che possiamo definire lo Stato-città »: un ente dotato di « quella autarchia o *sufficiencia* a garantire di per sé ai proprii membri gli scopi essenziali della vita in comune, in cui consiste, secondo Aristotele, l'essenza dello Stato » (218).

In effetti, anche per Solmi il comune è un ente « investito di poteri sovrani », che però non hanno il carattere dell'assolutezza, perché esso deve fare i conti, da un lato, con i poteri sovrastanti, e, dall'altro lato, con le comunità minori che si muovono al suo interno, anch'esse dotate di poteri e competenze proprie: il comune quindi è un ente comprensibile nelle sue caratteristiche politico-giuridiche solo in quanto collocato nel « sistema dell'autonomia politica del medio evo » (219). Si aggiunga a ciò il carattere oligarchico del governo comunale e la lotta di fazioni e di classi che trasforma il Comune in strumento di « oppressione di una classe » sulle altre (220) e sarà possibile concludere che il Comune « non è mai in possesso di tutti gli elementi originari, che formano la sovranità, cioè lo stato indipendente » (221), pur essendo il punto di avvio del processo che conduce allo Stato e l'anello di congiunzione fra il medioevo e la modernità (222).

È dunque nel 'sistema dell'autonomia' che Solmi colloca quegli spezzoni di sovranità che pure egli è disposto a riconoscere ai Comuni medievali. Solmi, se, per un verso, parlando di elementi di sovranità, sembra disposto a concedere qualcosa a quella tradizione che valorizzava il protagonismo politico delle città comunali (e magari le presentava come 'città-Stato'), per un altro verso, ricon-

(218) F. ERCOLE, *Impero e papato nel diritto pubblico italiano del Rinascimento (Sec. XIV-XV)* (1911), ora in Id., *Dal Comune al Principato. Saggi sulla storia del diritto pubblico del Rinascimento italiano*, Firenze, Vallecchi, 1929, p. 242.

(219) SOLMI, *Storia del diritto italiano*, cit., p. 535.

(220) Ivi, p. 541.

(221) A. SOLMI, *Il Comune nella storia del diritto*, Milano, Società Editrice Libreria, 1922, p. 85.

(222) SOLMI, *Storia del diritto italiano*, cit., pp. 542-43.

ducendo il processo politico medievale al 'sistema dell'autonomia', si mantiene fedele a quella tradizione che, prima in Germania e poi in Italia, ha insistito sulla necessaria riconduzione delle parti alla totalità.

In qualche modo conclusiva di una pluridecennale tradizione, la formula di Solmi sembra godere di una durevole adesione. Certo, non mancano prese di distanza da una consuetudine terminologica che sembrava ormai consolidata. Una critica vivace è formulata, nel 1950, da Aldo Checchini. In realtà, il suo obiettivo non è mettere in questione l'impiego del termine 'autonomia', ma al contrario renderlo più intransigente. Ciò che lo disturba è l'accento di Solmi agli 'elementi di sovranità' ravvisabili nel Comune medievale, che deve essere definito non già come un 'piccolo Stato', ma come « un ente autonomo »⁽²²³⁾, comprensibile, nella sua essenza politico-giuridica, in quanto messo in relazione con un'entità soprastante. Checchini in sostanza si muove nel rigoroso rispetto di una 'ortodossia' che aveva indotto Romano ad apprezzare⁽²²⁴⁾ quanto Besta aveva scritto a proposito del rapporto fra 'statutum' e 'lex: vedendo nel primo l'espressione « di autorità legislative inferiori a quella dello Stato o dello impero »⁽²²⁵⁾.

Dalla formula di Solmi (il Comune come « un ente territoriale, investito di poteri sovrani, entro il sistema dell'autonomia politica del medio evo »⁽²²⁶⁾) sembra prendere le distanze in modo più netto Francesco Calasso⁽²²⁷⁾, che imputa prima a Solmi (e poi a Checchini⁽²²⁸⁾) un errore di metodo e di prospettiva: « sovranità e autonomia [...] sono concetti del mondo moderno, l'uno e l'altro

⁽²²³⁾ A. CHECCHINI, *Vecchi e nuovi metodi della storiografia giuridica* (1950), in ID., *Scritti giuridici e storico-giuridici*, vol. I, Padova, Cedam, 1958, p. 65, p. 67.

⁽²²⁴⁾ ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 17.

⁽²²⁵⁾ E. BESTA, *Storia del diritto italiano pubblicata sotto la direzione di Pasquale del Giudice*, vol. I, Parte 2^a, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'impero romano al secolo decimosesto*, Milano, Hoepli, 1925, p. 457.

⁽²²⁶⁾ SOLMI, *Storia del diritto italiano*, cit., p. 535.

⁽²²⁷⁾ Cfr. U. PETRONIO, *Francesco Calasso*, in *Il contributo italiano*, cit., pp. 749-753; E. CORTESI, *Calasso, Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. I, pp. 381-84.

⁽²²⁸⁾ F. CALASSO, *Elogio della polemica* (1950), in ID., *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 93-124.

teoricamente ambigui e incerti, e non si vede quale ausilio possano offrire alla interpretazione storica di una istituzione che a quel mondo non appartiene » (229). Né la sua prospettiva sembra sostanzialmente mutata quando, un decennio più tardi, scrive la voce *Autonomia* per la *Enciclopedia del diritto* e presenta 'autonomia' come un concetto che lo storico deve analizzare, al contempo, nella sua genesi ideale e nelle situazioni storiche in cui esso si è concretamente attuato (230).

Sembra dunque che 'autonomia' debba venire estromessa (in quanto concetto 'moderno') dal metalinguaggio dello storico. Di questo metalinguaggio tuttavia deve far parte integrante, secondo Calasso, l'istituzionalismo romaniano, cui Calasso riserva le pagine che aprono *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*. Il diritto (anche, e soprattutto, per lo storico) deve essere risolto in ordinamento e questo a sua volta deve essere inteso non come un « aggregato di norme », ma come « un grande organismo, che ha una vita propria, che è mosso da un'anima » (231). 'Popolo' e 'Stato' — l'oggetto privilegiato della storiografia ottocentesca — devono essere studiati vedendo negli ordinamenti l'espressione giuridica del popolo, ma al contempo rifiutandosi di far coincidere il fenomeno giuridico con lo Stato.

Dei principî teorizzati dall'istituzionalismo giuridico il medioevo offre un'eloquente verifica sperimentale, all'insegna della pluralità degli ordinamenti. Non è però soltanto la molteplicità e la varietà degli assetti istituzionali che Calasso sottolinea: di fronte ad essi si fa valere un'istanza unitaria, « un *dominatus mundi* che ha un solo titolare: l'imperatore ». Il fulcro, lo spirito informatore, del medioevo giuridico è il complesso equilibrio che caratterizza « gli ordinamenti particolari viventi entro l'ordinamento universale » (232). Enti 'particolari' e impero, *ius proprium* e *ius commune* sono « elementi di un unico sistema normativo », che Calasso chiama il sistema del

(229) F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè 1949², p. 117.

(230) F. CALASSO, v. *Autonomia (Storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 350.

(231) CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 27.

(232) Ivi, p. 237.

diritto comune: ovvero « il rapporto fondamentale che lega intrinsecamente fra loro questi elementi di un tutto e coordina la vita di questi con la vita del tutto » (233).

Ancora una volta, dunque, la sfida capitale, per lo storico, è capire le modalità di coesistenza, di interazione, di armonizzazione fra i molti e l'uno. L'esigenza di Calasso è, al fondo, la medesima di Gierke e di Romano: prendere sul serio la pluralità e al contempo dar conto del suo necessario armonizzarsi con l'unità. La teoria istituzionalistica serve egregiamente a questo scopo, a patto però di considerare uno dei poli della dialettica — il polo dell'unità, lo *ius commune* — anch'esso come un 'ordinamento': non semplicemente come un 'sapere', come una 'dottrina' (dove il suo violentissimo attacco (234) a Bussi, che di questa tesi era sostenitore (235)), ma come un assetto ordinamentale, omogeneo per natura allo *ius proprium* (e quindi relazionabile con esso).

Per compiere questa operazione occorre due presupposti: da un lato, come già detto, l'adozione del 'pluralismo' gierkeano e romaniano, e, dall'altro lato, la convinzione (di matrice idealistica) che il 'pensiero' esprimesse senza scarti la 'realtà' e che il diritto 'pensato' e il diritto 'vissuto' fossero due facce della stessa medaglia. Giocando su questi assunti, Calasso manteneva sostanziali legami con la tradizione, ma, per un verso, la sollecitava verso nuove acquisizioni storiografiche, e, per un altro verso, la rivitalizzava ripensandola attraverso la mediazione del metalinguaggio istituzionalistico.

Di questa operazione il termine 'autonomia' non sembra uno strumento essenziale. Sarebbe però frettoloso concludere che la sua parabola è esaurita. Non lo è perché resta in vigore quell'esigenza di dar conto del rapporto fra i molti e l'uno, fra la parte e la totalità, che aveva sollecitato la ri-definizione e la 'specializzazione' semantica di

(233) F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 470. Cfr. anche ID., *Il problema storico del diritto comune* (1939), ora in ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 77-136.

(234) F. CALASSO, recensione a E. Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, in « Rivista di storia del diritto italiano », IX, 1936, pp. 328-332.

(235) E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano, Vita e Pensiero, 1935.

‘autonomia’; non lo è perché in Calasso la dialettica fra la parte e il tutto è ancora memore di quel processo di costruzione di un’identità nazional-statuale che era stato l’orizzonte obbligato per la tradizione precedente⁽²³⁶⁾. Ciò che trattiene Calasso da un ricorso immediato al termine di ‘autonomia’ è il timore dell’anacronismo, che lo induce a sostenere che ‘autonomia’, come ‘sovranità’, sono termini moderni. Non per questo però ‘sovranità’ e ‘autonomia’ escono di scena. Occorre semplicemente coglierne la storicità e tracciarne la storia, che è storia, al contempo, della ‘cosa’ e del ‘nome’. Se allora prendiamo in considerazione l’‘autonomia’, al contempo, come uno strumento di indagine storiografica e come un suo oggetto, come « frutto di una esperienza storica » e come « strumento di lavoro »⁽²³⁷⁾, la vediamo situarsi nella traiettoria che dalla pluralità conduce all’unità: i poteri del Comune medievale, infatti, che noi, « nel linguaggio moderno chiameremmo ‘autonomia’ », « la dottrina medievale racchiuse nel termine ‘*iurisdictio*’ »⁽²³⁸⁾. L’omologia semantica dei due termini è data dalla loro funzione: come ‘*iurisdictio*’ nel medioevo rendeva possibile la riconduzione delle parti all’unità dello *ius commune*, così ‘autonomia’ mette in rapporto, nell’età moderna, le periferie con il centro statale.

Lungi dall’aver perduto la sua funzione, dunque, ‘autonomia’, da mero strumento metalinguistico, è divenuta parte di una storia che si sviluppa all’insegna del rapporto fra la molteplicità degli enti e l’unità dell’ordine che li ricomprende.

⁽²³⁶⁾ Cfr. B. PARADISI, *Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso* (1980), ora in *Studi sul medioevo giuridico*, Roma, Istituto storico Italiano per il Medio Evo, 1987, vol. II, p. 1009, p. 1012; P. GROSSI, *Un diritto senza Stato. (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in « Quaderni Fiorentini », 25, 1996, pp. 267-284; M. CARAVALE, *Il contributo della storia del diritto alla storia generale*, in *Il diritto per la storia. Gli studi storico giuridici nella ricerca medievistica*, a cura di E. Conte e M. Miglio, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2010, pp. 113-31; L. NUZZO, *Memoria, identità e uso pubblico della storia: l’invenzione del derecho indiano*, in *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, a cura di G. Resta e V. Zencovich, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 282 e ss.

⁽²³⁷⁾ CALASSO, v. *Autonomia (Storia)*, cit., p. 349.

⁽²³⁸⁾ CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 274.

9. *L'‘autonomia’ e l'‘autocefalia’ della città: il contributo di Max Weber.*

La metastorografia di Calasso, con la sua adozione dell'istituzionalismo romaniano, segna non tanto un brusco congedo da una cultura giuridica che aveva indicato nello Stato il culmine di un lungo processo storico, quanto un suo ripensamento, lungo una linea che era già stata di Gierke e di Romano: l'obiettivo non era mettere in parentesi lo Stato, ma offrirne una visione diversa, che fosse in grado di coglierne la sinergia con i gruppi sociali. L'esigenza di ricondurre la molteplicità all'unità restava dunque centrale in questa prospettiva e induceva Calasso a sottolineare la continuità logico-storica fra la *'iurisdictio'* medievale e l'‘autonomia’ dei moderni.

Il peso della tradizione è ancora consistente nel primo Novecento. Per trovare in quel periodo testimonianze di un diverso uso di ‘autonomia’ nella messa a fuoco dei Comuni medievali occorre rivolgersi a un diverso settore disciplinare: alla riflessione sociologica e al contributo di Max Weber.

L'incidenza della giuspubblicistica ottocentesca su Max Weber non può essere sottovalutata: senza tener conto della sua approfondita conoscenza dei giuristi ottocenteschi (da Jhering a Gerber, a Laband, a Jellinek, a Preuss e a numerosissimi altri) è difficile comprendere storicamente la sociologia politica weberiana. Memore di quella tradizione, Weber si mostra però capace di porsi a distanza da essa e ripensarla creativamente alla luce di domande teoriche, di prospettive disciplinari e di scelte epistemologiche diverse e originali.

‘Autonomia’ compare (in *Wirtschaft und Gesellschaft*, pubblicata postuma nel 1922) fra i « concetti sociologici fondamentali » che aprono il *magnum opus* e viene introdotta per descrivere le modalità di organizzarsi e di agire di un gruppo sociale. ‘Autonomia’ vuol dire che « l'ordinamento del gruppo » è stabilito da decisioni assunte liberamente dai membri del gruppo stesso, mentre un gruppo è eteronomo nella misura in cui agisce secondo regole imposte dall'esterno. ‘Autonomia’/‘eteronomia’ non esaurisce però il quadro delle forme di esistenza di un gruppo sociale. Accanto ad ‘autonomia’ Weber introduce un altro termine: ‘autocefalia’ (e il suo antonimo ‘eterocefalia’).

Mentre 'autonomia' ha, come sappiamo, una lunga e diversificata storia alle spalle, 'autocefalia' è un'espressione pressoché esclusivamente legata alla storia delle Chiese ortodosse ed era stata usata per indicare la piena capacità di governo dei singoli patriarcati, esentati dall'obbedienza a un'autorità sovraordinata (239). Weber riprende questo termine e lo impiega per sottolineare la capacità, da parte di un gruppo sociale, di scegliersi la guida e l'élite di governo. È appunto giocando sulla congiunzione e sulla disgiunzione dei due termini ('autonomia' ed 'autocefalia') e dei loro antonimi che Weber delinea una possibile combinatoria di forme organizzative.

Impiegati in diversi passaggi dell'opera, i termini 'autonomia' e 'autocefalia' vengono puntualmente applicati anche allo studio della città (240). Della ricchissima analisi di Weber (che con il suo consueto approccio 'idealtipico' prende in esame fenomeni che si dispiegano fra il mondo antico e l'età moderna) mi limito a sottolineare alcuni passaggi.

Weber insiste nell'indicare come elemento caratterizzante della città, e in particolare della città medievale, i legami intersoggettivi che stanno alla sua origine: la città medievale era una « schwurgenmeinschaftliche Verbrüderung » (241), un « affratellamento comunitario fondato sul giuramento », « una 'comune' giurata » (242). Gli elementi qualificanti sono i legami 'orizzontali', cementati e rafforzati dal giuramento, dalla 'coniuratio'. Di fronte al dilemma 'continuità' o 'rottura' fra le città romane e le città medievali (un dilemma che aveva intensamente impegnato la storiografia ottocentesca), Weber non solo adotta la tesi della 'discontinuità' (243), ma sembra raccogliere l'immagine, variamente coltivata dalla letteratura sette-

(239) Cfr. M. PROKURAT, A. GOLITZIN, M.D. PETERSON, *Orthodox Church*, Lanham-London, Scarecrow Press, 1996, p. 52.

(240) Il saggio *Die Stadt*, pubblicato in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », XLVII, 1920-21, pp. 621-772, è stato successivamente inserito in *Wirtschaft und Gesellschaft*.

(241) M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* (1922), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972, p. 748.

(242) M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Ed. di Comunità, 1968, p. 564.

(243) W. NIPPEL, *Introductory Remarks: Max Weber's "The City" Revisited*, in *City States in Classical Antiquity and Medieval Italy*, A. Mohlo, K. Raaflaub, J. Emlen eds., Stuttgart, Franz Steiner, 1991.

ottocentesca, del carattere ‘rivoluzionario’ del comune cittadino. È però assente l’enfasi etico-politica che accompagnava quell’immagine e l’accento cade sul tema (capitale nella sociologia weberiana) della legittimazione: sulla *Herrschaft* dei Comuni come una « nicht-legitime Herrschaft »⁽²⁴⁴⁾. Il potere della città è illegittimo perché entra in rotta di collisione con i simboli di legittimità fino a quel momento dominanti. Lungi dal sottolineare la fragilità del potere emergente, Weber al contrario sottolinea la portata (per così dire) costituente della « Eidverbrüderung » che lo fonda⁽²⁴⁵⁾.

Fondata sull’originale, innovativa legittimazione della ‘*coniuratio*’, capace di ‘rendere liberi’ i suoi membri, la città medievale divenne una formazione socio-istituzionale « autonome und autokephale »⁽²⁴⁶⁾. È il movimento dal basso, l’intensa « Vergesellschaftung der Bürger », che rende possibile la « Stadteinung », il formarsi di « ein dauernder politischer Verband »⁽²⁴⁷⁾. Nasce dunque, per Weber, un ordinamento complesso, sostenuto da un movimento che ‘usurpa’ i poteri esistenti e, sorretto da un’originale, e trasgressiva, legittimità, deve essere caratterizzato facendo ricorso a entrambi i termini previamente definiti: ‘*Autonomie*’ e ‘*Autokephalie*’.

Nel momento della loro massima affermazione, le città medievali, e in particolare le città italiane, vedono concretizzarsi la loro « politische Selbständigkeit » in più direzioni: in un’azione espansionistica, che si avvaleva di una milizia propria, e in una politica estera intessuta di paci, guerre, alleanze; in una « autonome Rechtsatzung der Stadt als solcher » (la creazione di norme da parte della città e anche delle comunità di raggio minore in essa comprese); nel

⁽²⁴⁴⁾ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 727.

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. le penetranti osservazioni di G. DILCHER, *Max Webers Stadt und die historische Stadtforschung der Mediävistik*, in « Historische Zeitschrift », 267, 1998, 1, pp. 106-107. Sul ruolo della *coniuratio* (all’interno di una ricerca di grande portata) cfr. P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell’Occidente*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 206 e ss.

⁽²⁴⁶⁾ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 535. (« Die Stadt wurde eine, wenn auch in verschiedenem Maße, autonome und autokephale anstaltsmäßige Vergesellschaftung, eine aktive „Gebietskörperschaft“, die städtischen Beamten [wurden] gänzlich oder teilweise Organe dieser Anstalt »: WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 748).

⁽²⁴⁷⁾ Ivi, p. 752.

potere di esigere tributi e di disciplinare la produzione e il mercato; infine nella « Autokephalie »: nel poter contare esclusivamente su « eigene Gerichts- und Verwaltungsbehörden » (248).

Autonoma e autocefala, la città medievale si presenta come un ordinamento compiuto e autosufficiente. Non è quindi sorprendente che anche Weber ricorra cursoriamente al termine 'Stadtstaat' (diffuso, come sappiamo, nella cultura europea dell'Ottocento), in sostanza coerente con la 'autonomia-autocefalia' della città, soprattutto italiana. In ogni caso, 'autonomia' viene a far parte integrante del lessico weberiano (249) e viene impiegata anche nell'analisi della città medievale (250).

'Autonomia' è allora un ponte fra Weber e la tradizione giuspubblicistica e storiografica tardo-ottocentesca? Credo, al contrario, che la discontinuità nei confronti di questa tradizione caratterizzi l'uso weberiano del termine. Occorre innanzitutto tener presente che 'autonomia' non basta da sola a individuare la modalità di esistenza di un gruppo sociale, ma richiede la cooperazione di un altro termine, 'autocefalia'. È dalla combinatoria di questi termini (e dei relativi antonimi) che nasce la possibilità di graduare le diverse possibilità di azione e di 'funzionamento' di un gruppo sociale, fino alla sua piena autosufficienza politica, sancita quando esso possa essere definito, al contempo, 'autonomo' e 'autocefalo'. Rispetto alla tradizione, dunque, Weber ha, per un verso, ampliato lo strumentario lessicale, e, per un altro verso, ha optato (implicitamente ma

(248) Ivi, pp. 788-792.

(249) Cfr. M. BASSO, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*, Macerata, Eum, 2013, pp. 188-94.

(250) Sulla visione weberiana della città medievale cfr. K. SCHREINER, *Legitimität, Autonomie, Rationalisierung. Drei Kategorien Max Webers zur Analyse mittelalterlicher Stadtgesellschaften — wissenschaftsgeschichtlicher Ballast oder unabgeholte Herausforderung?*, in *Die Okzidentale Stadt nach Max Weber. Zum Problem der Zugehörigkeit in Antike und Mittelalter*, hrsg. C. Meier, München, Oldenbourg, 1994, pp. 161-211; K. SCHREINER, *Die mittelalterliche Stadt in Webers Analyse und Deutung der okzidentalen Rationalismus*, in *Max Weber, der Historiker*, hrsg. J. Kocka, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1986, pp. 119-150; O.G. OEXLE, *Max Weber und die okzidentale Stadt*, in *Stadt — Gemeinde — Genossenschaft. Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag*, hrsg. A. Cordes, J. Rückert, R. Schulze, Berlin, Schmidt Verlag, 2003, pp. 375-388. Più in generale, cfr. F. FERRARESI, *Il fantasma della comunità. Concetti politici e scienza sociale in Max Weber*, Milano, Franco Angeli, 2003, p. 151 e ss.

inequivocabilmente) per uno dei significati principali di ‘autonomia’: per intenderci, non per la ‘autonomia-*Selbstverwaltung*’, ma per la ‘autonomia-indipendenza’ (251).

Si tenga presente quale è la posta in gioco di questa alternativa: la ‘autonomia-*Selbstverwaltung*’ è interamente giocata sul rapporto fra la parte e il tutto, mentre la ‘autonomia-indipendenza’ permette di prendere una qualche distanza dall’assillo della riconduzione della pluralità all’unità. Se però Weber si muovesse ancora all’interno di questa alternativa, egli farebbe solo un passo indietro, ma non una brusca inversione di rotta. Pur nella varietà dei suoi significati, ‘autonomia’ veniva infatti a trovare la sua (immediata o mediata) destinazione di senso in un processo dominato dalla dialettica del molteplice e dell’uno; una dialettica che in sostanza veniva a coincidere con il movimento che dall’antica frammentazione politica conduceva alla sintesi nazional-statuale. È invece proprio la rappresentazione del processo storico-politico che è in Weber diversa perché sono diverse le domande di fondo e le convinzioni epistemologiche.

Procedo inevitabilmente per rapide schematizzazioni. Restano importanti per Weber il tema dello Stato (e, sul piano etico-politico, il senso dell’appartenenza a una comunità nazionale). Weber però ritiene che per capire scientificamente lo Stato occorra interrogarsi sul senso e sulle modalità dell’azione sociale. In questa prospettiva, la giuspubblicistica ottocentesca è, insieme, un punto di riferimento e un ostacolo. Da essa Weber trae indicazioni importanti: il fulcro della sua sociologia politica — la definizione del potere come « possibilità di trovare obbedienza, presso certe persone, ad un comando che abbia un determinato contenuto » (252) — doveva molto alla teoria giuridica dello Stato. Al contempo, però, Weber intendeva spezzare il cortocircuito, instaurato dalla giuspubblicistica tardo-ottocentesca, fra politica e Stato e liberare il ‘potere’ dalla sua obbligatoria identificazione con lo Stato. Si apriva allora un immenso campo di indagine — l’interazione politica — nel quale lo Stato

(251) Potremmo dire che la ‘autocrazia’ rosminiana è divenuta la somma weberiana di ‘autonomia’ e di ‘autocefalia’.

(252) WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 52.

cessava di comparire nella doppia veste di *prodotto* dell'interazione stessa e di *strumento* della sua analisi.

Perché questa impresa sia possibile, sul piano epistemologico il 'gesto' decisivo (la cui dirompente novità è di portata analoga al 'catching of Leviathan' che Kelsen conduce con la demitizzazione dello Stato e con la sua identificazione con un 'sistema di norme') è la definizione dello Stato non come un 'ente', ma come una possibilità, una « Chance »: anche quando è in gioco una cosiddetta formazione sociale (una « sogenannte soziale Gebilde ») come lo Stato, la relazione sociale consiste nella possibilità di una specifica azione ⁽²⁵³⁾. L'errore fatale da evitare è cadere in una « 'substantielle' Auffassung » ⁽²⁵⁴⁾ del concetto di Stato.

Lo scienziato sociale deve guardarsi dall'entificazione o ipostatizzazione dello Stato. Quando ci interroghiamo sul rapporto fra l'idea di Stato e la realtà empirica, ci accorgiamo che quest'ultima è uno sterminato campo di azioni, di rapporti fattuali e giuridicamente ordinati, di relazioni di potere e di obbedienza, e che lo Stato è un'idea faticosamente costruita per disporre di una sintesi concettuale: un « Idealtypus », che possiamo impiegare come strumento conoscitivo ⁽²⁵⁵⁾. Un *Idealtypus* non è un *ens realissimum* e non permette alcun giudizio di valore: vale quindi anche nei confronti dello Stato come oggetto di analisi storico-sociale quell'« elementare Pflicht der wissenschaftlichen Selbstkontrolle » che impedisce di investire l'oggetto con giudizi di valore. « Es gibt Idealtypen von Bordellen so gut wie von Religionen » ⁽²⁵⁶⁾.

Liberatosi da una concezione 'sostanzialistica' dello Stato, Weber non sembra drammatizzare il problema delle epoche cui il lemma 'Stato' possa o non possa essere riferito. Egli non esita a usare 'Stato' in un senso ampio e generico, come sinonimo di un qualsiasi aggregato politico (antico o moderno), anche se ciò non gli impedi-

⁽²⁵³⁾ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 14. Cfr. A. ANTER, *Max Webers Theorie des modernen Staates. Herkunft, Struktur und Bedeutung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 106 e ss.

⁽²⁵⁴⁾ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 13.

⁽²⁵⁵⁾ M. WEBER, *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in Id., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1922, pp. 200-201.

⁽²⁵⁶⁾ Ivi, p. 200.

sce di studiare a fondo i caratteri specifici e inconfondibili che la dinamica politica assume nella modernità. Resta invece relativamente marginale in Weber il problema delle *origini* dello Stato moderno. Questo problema, che impegna a lungo la cultura storico-costituzionale (in particolare) tedesca e si concentra (non senza precisi risvolti ideologici) sulla questione dell'esistenza o meno dello Stato nel medioevo, non sembra impressionare Weber, che vi dedica un'attenzione discontinua e marginale ⁽²⁵⁷⁾.

In effetti, la concentrazione sul problema delle *origini* dello Stato moderno non è facilmente armonizzabile con il rifiuto di una concezione 'sostanzialistica' dello Stato stesso. Se poi teniamo presente che per Weber qualsiasi gruppo politico, e anche lo Stato, è definibile facendo riferimento non ai fini perseguiti, data la loro estrema varietà, ma all'uso monopolistico della forza legittima da parte del « *Verwaltungsstab* » ⁽²⁵⁸⁾, è facile intendere come una comprensione più articolata della modernità politico-giuridica fosse affidata all'individuazione di alcuni tratti o indicatori specifici (quali 'razionalizzazione', 'burocratizzazione', 'monopolizzazione', 'centralizzazione'), piuttosto che alla descrizione di un'entità unitaria (lo Stato), di cui narrare la nascita, la crescita e (in ipotesi) la morte.

10. *Dall' 'autonomia' alla 'suità'? Strategie metalinguistiche dell'odierna storiografia fra vecchi e nuovi paradigmi.*

La città e lo Stato; le parti e il tutto; gli ordinamenti particolari e l'ordinamento universale; e 'autonomia' come il lemma capace di mettere (in qualche modo) in relazione (in una relazione che era al contempo logica e storica) i due estremi: per lungo tempo un siffatto 'triangolo semiotico' ha inciso sulla rappresentazione del Comune medievale offrendosi come una piattaforma meta-storiografica largamente condivisa. Un precoce e netto distacco da questo solido impianto era stato consumato dalla riflessione weberiana, che potrebbe quindi essere presentata come l'atto (idealmente, emblematicamente) conclusivo del nostro itinerario. In realtà, l'itinerario continua, anche nel secondo Novecento, perché, pur se il tradizio-

⁽²⁵⁷⁾ Cfr. ANTER, *Max Webers Theorie des modernen Staates*, cit., p. 167 e ss.

⁽²⁵⁸⁾ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 29.

nale 'triangolo' appare ormai spezzato, il problema del rapporto fra i lemmi che ne costituivano i vertici continua a essere discusso.

Nemmeno nel secondo dopoguerra mancano conferme dell'impostazione tradizionale. Ad esempio Giovanni De Vergottini (259), nelle sue *Lezioni* (la cui prima edizione è del 1950), discutendo con Solmi, Checchini e Calasso, conferma il quadro di riferimento imperniato sul rapporto fra le parti e il tutto mediato dal termine 'autonomia' e conclude che «il concetto di autonomia politica può essere assunto come canone di interpretazione del sistema del diritto pubblico italiano dei secoli XII-XIV [...] per quanto riguarda i comuni cittadini: cioè coesistenza del potere universalistico e sovrano e di organismi politici particolari» (260).

Le continuità con il passato non cessano, ma si attenuano gradualmente. Quanto più ci addentriamo nel secondo Novecento, tanto più si esaurisce quell'orizzonte di aspettative che, formatosi, secondo Koselleck, fra Sette e Ottocento, aveva indotto a leggere il passato come momento di un processo protesico verso il futuro e a vedere nello Stato l'espressione e il tramite di un'inarrestabile accelerazione della storia. Cambiano le domande rivolte al passato e cambiano le risorse lessicali impiegate da una storiografia caratterizzata da un'impressionante dilatazione quantitativa, oltre che dalla notevole ricchezza dei risultati raggiunti. Nell'impossibilità di un ragguaglio attendibile, dovrò limitarmi alla rapida menzione di alcuni orientamenti interessati a fare i conti con ciò che resta del nostro 'triangolo semiotico'.

Entrata in crisi la convinzione 'previa' del nesso teleologico fra la parte e il tutto, fra le città e lo Stato, l'attenzione della storiografia può concentrarsi sulla città medievale nella sua specifica identità e struttura. Anche da questo punto di vista la riflessione e il lessico weberiani possono svolgere una funzione importante. È quanto sta

(259) Cfr. N. SARTI, *De Vergottini, Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi*, cit., vol. II, pp. 723-24.

(260) G. DE VERGOTTINI, *Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, a cura di C. Dolcini, Milano, Giuffrè, 1993³, p. 49. Cfr. le puntuali osservazioni di C. DOLCINI, *Premessa*, in De VERGOTTINI, *Il diritto pubblico italiano*, cit., pp. VII-XX. Riconduce gli effetti della pace di Costanza alla ricomposizione dell'unità dello « Stato » G. CASSANDRO, *Comune (cenni storici)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1959, III, pp. 810-823.

avvenendo in Germania, dove, come osserva Dilcher, solo in tempi recenti la medievistica ha intensificato il suo colloquio con il lascito weberiano ⁽²⁶¹⁾. Ed è proprio Dilcher, nella sua lunga frequentazione della ‘civiltà comunale’ ⁽²⁶²⁾, a far tesoro della lezione weberiana per cogliere la struttura costituzionale del Comune cittadino ⁽²⁶³⁾.

In generale, nella storiografia giuridica del secondo Novecento, è evidente lo sforzo di comprendere dall’interno l’identità politico-giuridica e le modalità di ‘funzionamento’ della città medievale. È ancora ampiamente usato il termine ‘autonomia’, ma il significato ad esso attribuito, per un verso, è ormai svincolato da quell’*Erwartungshorizont* che ne aveva predeterminato e indirizzato l’impiego nel corso del *nation-building* e dello *state-building* ottocentesco (e dei suoi prolungamenti novecenteschi) e, per un altro verso, tende a collegarsi idealmente con quella ‘autocrazia’ già attribuita da Muratori alle città italiane.

È soprattutto nell’analisi dello *ius proprium*, della legislazione statutaria dei Comuni italiani, che si rende trasparente l’esigenza di cogliere la pienezza ‘costituzionale’ e le specifiche novità degli ordinamenti cittadini ⁽²⁶⁴⁾. Il Comune come un ordinamento fra gli

⁽²⁶¹⁾ DILCHER, *Max Webers Stadt*, cit., pp. 91-92. Eberhard Isenmann, ad esempio, in un libro dedicato alla città tedesca dà a un paragrafo il titolo ‘weberiano’ di « Autonomie und Autokephalie » (E. ISENMANN, *Die deutsche Stadt im Mittelalter 1150-1550. Stadtgestalt, Recht, Verfassung*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2012, p. 281).

⁽²⁶²⁾ A partire da G. DILCHER, *Die Entstehung der lombardischen Stadtkommune. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Aalen, Scientia Verlag, 1967.

⁽²⁶³⁾ G. DILCHER, *Die Stadtbürgerschaft zwischen Widerstand und Repräsentation*, in ID., *Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1996, pp. 335-69. Cfr. anche ID., *Fondamenti costituzionali dei comuni italiani e tedeschi: un’analisi comparata*, in *Legislazione e prassi istituzionale nell’Europa medievale. Tradizioni normative, ordinamenti, circolazione mercantile (secoli XI-XV)*, a cura di G. Rossetti, Napoli, Liguori, 2001, pp. 97-115; ID., *Sul ruolo della città medievale in una storia costituzionale europea*, in *Dottrine e istituzioni in Occidente*, a cura di L. Blanco, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 15-34. Cfr. l’esauriente rassegna di H. KELLER, *La civiltà comunale italiana nella storiografia tedesca*, in *La civiltà comunale italiana nella storiografia internazionale*, a cura di A. Zorzi, Firenze, Firenze University Press, 2008, pp. 19-64.

⁽²⁶⁴⁾ Vi fa riferimento U. NICOLINI, *Autonomia e diritto proprio nelle città italiane del Medio Evo*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, hrsg. N. Horn, München, Beck, 1982, I, pp. 249-67 (in particolare pp. 266-67).

ordinamenti diviene l'oggetto di una medievistica giuridica impegnata a tracciare la mappa di enti la cui intrinseca 'legittimazione' appare un loro tratto caratteristico ⁽²⁶⁵⁾.

Sul Comune e sulla compiutezza della sua dimensione politico-giuridica si sofferma Mario Sbriccoli, giungendo a presentarlo « as a precocious manifestation of what historians have agreed to term the 'modern state' » ⁽²⁶⁶⁾. È un insieme di elementi, che vanno dalla legislazione statutaria alle funzioni di governo, alla giustizia, alla valorizzazione della *publica utilitas*, all'identificazione dell'élite di governo con l'istituzione, a sollecitare la rappresentazione del Comune come un ente compiuto e concluso ⁽²⁶⁷⁾. Per decifrare il senso di questa compiutezza converrà tener presente — aggiunge Sbriccoli — una dimensione essenziale della prassi e dalla cultura giuridica medievale: il principio del *de facto*, che non entra in contraddizione con la struttura giuridica, ma la integra e la concretizza ⁽²⁶⁸⁾. È in questa direzione che Massimo Meccarelli ragiona sull'*arbitrium* come un elemento che si affianca alla produzione normativa, alla legislazione statutaria, agevolando l'effettivo 'governo' della città e proponendosi quindi come un ulteriore tassello di un affresco che abbia per tema la struttura 'costituzionale' del Comune ⁽²⁶⁹⁾.

Se Sbriccoli parlava di 'Stato', per alludere alla complessità e

⁽²⁶⁵⁾ In questa prospettiva cfr., ad esempio, C. STORTI, *Diritto e istituzioni a Bergamo. Dal Comune alla Signoria*, Milano, Giuffrè, 1984; M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, il Mulino, 1994; C. STORTI, *Scritti sugli statuti lombardi*, Milano, Giuffrè, 2007; EAD., *Gli statuti tra autonomie e centralizzazioni nel medioevo*, in *Il diritto per la storia. Gli studi storico giuridici nella ricerca medievistica*, a cura di E. Conte e M. Miglio, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2010, pp. 35-52.

⁽²⁶⁶⁾ M. SBRICCOLI, *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in *Legislation and Justice*, A. Padoa-Schioppa ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 40.

⁽²⁶⁷⁾ Ivi, pp. 40-45.

⁽²⁶⁸⁾ Ivi, p. 55. Insiste sull'importanza del 'governo' effettivo A. ZORZI, *The 'Material Constitution' of the Florentine Dominion*, in *Florentine Tuscany. Structures and Practices of Power*, W. J. Connell, A. Zorzi eds., Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 22.

⁽²⁶⁹⁾ M. MECCARELLI, *Statuti, 'potestas statuendi' e 'arbitrium': la tipicità cittadina nel sistema giuridico medievale*, in *Gli statuti delle città: l'esempio di Ascoli nel secolo XIV*, a cura di E. Menestò, Spoleto, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1999,

alla politica unitarietà dell'ordinamento cittadino ⁽²⁷⁰⁾, nella medesima prospettiva Antonio Padoa Schioppa propone l'impiego del termine 'città-repubblica' (in continuità con l'uso che ne aveva fatto Daniel Waley in un libro dedicato ai Comuni italiani ⁽²⁷¹⁾) e ritiene a sua volta di poter cogliere nei Comuni medievali « quasi tutti i caratteri che siamo soliti considerare tipici della statualità » ⁽²⁷²⁾, mentre Manlio Bellomo preferisce riferirsi al Comune come a « un ordinamento nel cui ambito si compie una prima esperienza costituzionale di natura tendenzialmente pubblicistica » ⁽²⁷³⁾.

Città autonoma ('autonoma' e 'autocefala', come scriveva Weber o, per usare l'espressione di Muratori, 'autocratica'); città-repubblica; infine, città-Stato. Quest'ultima espressione, che aveva avuto una sua non trascurabile fortuna nel corso dell'Ottocento, torna di nuovo alla ribalta nel secondo Novecento. Entro la medievistica giuridica la impiega Mario Ascheri per sottolineare le caratteristiche di un Comune cittadino che trova anche nella letteratura coeva un'efficace conferma della sua identità politica ⁽²⁷⁴⁾. La categoria di 'città-Stato' è stata inoltre considerata suscettibile di un'applicazione più vasta: originariamente pensata soprattutto in riferimento alla *polis* greca, essa viene proposta (da un autorevole stu-

pp. 87-124. Su 'arbitrium' cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁽²⁷⁰⁾ Anche Harold Berman definisce i Comuni medievali come « Stati moderni — così come la Chiesa di quel periodo — nel senso che avevano pieno potere ed autorità legislativa, esecutiva e giurisdizionale » (H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), Bologna, il Mulino, 1998, p. 372).

⁽²⁷¹⁾ D. WALEY, *The Italian City-Republics*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1969.

⁽²⁷²⁾ A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 88-89.

⁽²⁷³⁾ M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'età contemporanea*, Roma, Il Cigno, 1991, p. 242.

⁽²⁷⁴⁾ M. ASCHERI, *Città-Stato: una specificità, un problema culturale*, in « Le carte e la storia », 12, 2006, 1, pp. 7-23; ID., *Le città-stato*, Bologna, il Mulino, 2006; ID., *Medioevo del potere: le istituzioni laiche ed ecclesiastiche*, Bologna, il Mulino, 2009². Anche entro la medievistica 'generale' non mancano riferimenti al Comune come a una 'città-Stato'. Cfr. ad es. S. BERTELLI, *Il potere oligarchico nello stato-città medievale*, Firenze, La Nuova Italia, 1978; A.I. PINI, *Città, comuni e corporazioni nel medioevo italiano*, Clueb, Bologna 1986; G. CHITTOLENI, *The Italian City-State and Its Territory*, in *City States*, cit., pp. 589-602.

dioso della città antica, Mogens Herman Hansen) come un idealtipo suscettibile di essere riferito a esperienze molto diverse nel tempo e nello spazio (dalle civiltà orientali all'Occidente, dal mondo antico alla prima età moderna) (275).

Cambiano le risorse lessicali impiegate, ma è facilmente individuabile un orientamento interessato a studiare la città nel suo intrinseco assetto politico-costituzionale, senza necessariamente disdegnare la possibilità di usare a questo scopo il termine 'Stato'. Cambia invece nettamente la valutazione dei servizi metalinguistici del termine 'Stato' quando il fuoco dell'analisi si concentra non tanto su un singolo assetto politico giuridico, quanto sulle caratteristiche intrinseche (e largamente pre-politiche) dell'interazione sociale. In questa prospettiva, il termine Stato appare un'espressione strettamente 'idiomatica', inguaribilmente 'moderna' e perciò responsabile di pesanti anacronismi, se riferita alla società medievale.

L'esigenza di una stringente storicizzazione della forma-Stato si era già fatta sentire in più occasioni e momenti. Se ancora Georg von Below poteva rivendicare l'esistenza di uno Stato tedesco nel medioevo (276), nel 1939 Otto Brunner aveva escluso la possibilità di parlare di 'Stato' a proposito del sistema socio-politico medievale (277) e aveva suggerito di prendere in considerazione, « al posto di un concetto di potere statale sovrano » creatore del « diritto come somma di massime positive », un « ordinamento situato al disopra dell'uomo ed equivalente alla giustizia » (278); e lo stesso Calasso

(275) *Polis and City-state: An Ancient Concept and its Modern Equivalent*, M.H. Hansen ed., Copenhagen, Munksgaard, 1998; M.H. HANSEN, *A Comparative Study of Thirty City-States Cultures. An Investigation Conducted by the Copenhagen Polis Centre*, Copenhagen, Reitzel, 2000. Cfr. anche M.H. HANSEN, *Polis. An Introduction to the Ancient Greek City-State*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006.

(276) G. VON BELOW, *Der deutsche Staat des Mittelalters. Ein Grundriss der deutschen Verfassungsgeschichte*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1914. Cfr. H. CYMOREK, *Georg von Below und die deutsche Geschichtswissenschaft um 1900*, Stuttgart, Steiner Verlag, 1998.

(277) O. BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter* (1939), Wien, Rohrer, 1959⁴.

(278) O. BRUNNER, *Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del medioevo* (1939), in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, Milano, Vita e Pensiero, 1970, p. 18. La recezione italiana di Brunner deve molto alla mediazione culturale di Pierangelo Schiera. Cfr. O. CAPITANI, *Introduzione*, in O.

aveva denunciato il carattere ‘moderno’ di ‘Stato’ e di ‘sovranità’ (e anche di ‘autonomia’) (279).

Se però Calasso continuava a presupporre il tradizionale orizzonte statual-nazionale, è precisamente da una siffatta precondizione ermeneutica che Paolo Grossi prende le distanze, esplicitando, nel corso degli anni novanta, le sue scelte di fondo (e, fra queste, l’adozione della visione brunneriana di una *Verfassung* medievale irriducibile alla statualità moderna (280)). Anche Grossi impiega il termine ‘autonomia’, ma lo valorizza non già come elemento di raccordo fra la totalità e le parti, bensì come una risorsa lessicale che conferma l’esaurimento del paradigma statalista. ‘Autonomia’ per Grossi serve a indicare l’intrinseca relazionalità (281) e interdipendenza degli ordinamenti giuridici medievali, il loro far parte di una ‘rete’ incompatibile con il carattere rigido ed esclusivo della ‘piramide’ statale (282). La domanda di fondo cui *L’ordine giuridico medievale* di Grossi intende rispondere non è la definizione di un ordinamento politico-giuridico — il Comune medievale — fra i tanti che affollano la società medievale. La sua domanda è piuttosto: che cosa è il *diritto* medievale; in che modo un complesso intreccio di rapporti sociali ed economici si regge, si struttura,

BRUNNER, *Storia sociale dell’Europa nel Medioevo*, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 9-33. Continuano invece a usare il termine ‘Stato’ per l’alto medioevo H. MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalters*, Weimar, Herm Böhlau Nachfolger, 1940 ed E. SESTAN, *Stato e nazione nell’Alto Medioevo. Ricerche sulle origini nazionali in Francia, Italia, Germania*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1952.

(279) Un invito ad una attenta storicizzazione dei termini ‘Stato’ e ‘nazione’ anche in F. CHABOD, *Alcune questioni di terminologia: Stato, nazione, patria nel linguaggio del Cinquecento* (1957), in ID., *L’idea di nazione*, Roma Bari, Laterza, 1974, pp. 139-90.

(280) P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 135.

(281) Su ‘autonomia’ come ‘relazione’ insiste anche A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 2008, vol. II, pp. 30-42. Cfr. anche M. S. GIANNINI, *Autonomia pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 356-66.

(282) GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 48. Cfr. anche ID., *Un diritto senza Stato*, cit, pp. 267-284; ID., “*Auctoritas*” universale e pluralità di “*potestates*” nel mondo medievale, in *Mediterraneo, Mezzogiorno, Europa. Studi in onore di Cosimo Damiano Fonseca*, a cura di G. Andenna e H. Houben, Bari, Adda, 2004, vol. I, pp. 561-72; ID., *Il sistema giuridico medievale e la civiltà comunale*, in *La civiltà comunale italiana nella storiografia internazionale*, cit., pp. 1-18.

appunto si ‘ordina’; ed è nella risposta a questa domanda che l’ipotesi statualistica appare improponibile, anche in quanto evocatrice di un ‘volontarismo’ che, per Grossi, stride con la genesi spontanea e ‘involontaria’ dell’ordine medievale. In ogni caso, il termine ‘autonomia’ è impiegato per esplicitare e rafforzare l’esaurimento del paradigma statualistico e proprio per questo rende possibile la comprensione della « specificità strutturale » dei molteplici ordinamenti medievali ⁽²⁸³⁾.

È ragionevole pensare che le regole d’uso del termine meta-linguistico ‘Stato’ mutino a seconda dell’oggetto specifico che l’una o l’altra ricerca si propone. Se l’obiettivo è comprendere le caratteristiche profonde, strutturali della società medievale nel suo ordinarsi (il tema centrale delle ricerche di Grossi), il termine ‘Stato’ appare fuorviante proprio perché ostacola, anziché favorire, la comprensione-traduzione (nel nostro linguaggio) della realtà indagata. Se invece si vuole sottolineare l’essenziale unità di un ente politico-giuridico, il termine ‘Stato’ potrà apparire sostanzialmente innocuo. E potranno valere le considerazioni di Norberto Bobbio, che rilevava come tutto dipendesse in sostanza dalla definizione previa di ‘Stato’; e osservava che, quanto più riduciamo il numero degli elementi caratterizzanti, tanto più facilmente ‘Stato’ si presta ad essere riferito a qualsivoglia organizzazione politica (alla *polis* greca come alla città medievale) ⁽²⁸⁴⁾.

⁽²⁸³⁾ V. CRESCENZI, *Esiste un problema storico della statualità medievale?*, in « Diritto romano attuale », 19, 2008, p. 182.

⁽²⁸⁴⁾ Bobbio osservava altresì che, se esistono buoni argomenti per sottolineare la radicale diversità fra gli ordinamenti antichi, medievali e moderni e indurre a fare un uso ‘restrittivo’ del termine ‘Stato’, nemmeno è da trascurare l’esistenza di elementi condivisi da assetti politici diversi e lontani nel tempo. Se così non fosse, se la discontinuità fosse assoluta, la riflessione (ad esempio) di Aristotele sulla *polis* non avrebbe potuto continuare a dire qualcosa di significativo per i suoi lettori in tutto l’arco della storia occidentale (N. BOBBIO, *Stato*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. XIII, 1981, ora in *Id.*, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, pp. 60-61). Mostra con finezza di analisi tutte le difficoltà di una soluzione conclusiva del problema P.P. PORTINARO, *Stato*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 11-45. Di recente, Pier Paolo Portinaro ha proposto l’impiego di tre grandi ‘idealtipi’: ‘città’, ‘impero’, ‘Stato’. Cfr. P. PORTINARO, *Lo Stato nel laboratorio politico europeo*, in « Scienza & Politica », 34, 2006, pp. 5-19; *Id.*, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007.

Cambiano dunque, nella recente storiografia giuridica, gli impieghi metalinguistici del termine ‘Stato’, ma sembra sostanzialmente condivisa la necessità di guardare al medioevo ormai mettendo in parentesi la tradizionale dialettica fra le ‘parti’ e il ‘tutto’. Proprio per questo, indebolitesi le aspettative suggerite dalla centralità etico-politica dello Stato, la città medievale appare improvvisamente ‘lontana’: un’esperienza collocata in un tempo e in uno spazio ‘altri’ dal nostro. Il Comune medievale non è l’allegoria di un presente che precipita verso il futuro: è una realtà specifica e complessa, che si vuole comprendere dall’interno ricostruendo le diverse componenti del suo tessuto connettivo.

Certo, il paradigma statual-nazionale non è l’unico paradigma capace di gettare un ponte fra il nostro presente e il passato. Non mancano strategie che, se, per un verso, si contrappongono al paradigma statual-nazionale, per un altro verso insistono su una tradizione che dal mondo antico raggiunge il presente e trova nella città un tramite decisivo. Si è parlato, a questo proposito, di un nuovo ‘paradigma’: il paradigma repubblicano, fondato non sulla libertà della tradizione giusnaturalistica (la libertà come spazio ‘vuoto’ e protetto), ma su una libertà che presuppone la partecipazione alla vita della *respublica* e si alimenta della libertà stessa della comunità politica. Della tradizione repubblicana un passaggio decisivo è per l’appunto la città rinascimentale e prima medievale: una città assunta come la culla di quell’umanesimo civico che permea dei propri valori la prima modernità europea e raggiunge infine i nascenti Stati Uniti d’America ⁽²⁸⁵⁾.

La città medievale e la sua dimensione ‘repubblicana’ divengono l’anello di una catena direttamente collegata al nostro presente: a partire dagli anni sessanta-settanta, « in breve tempo un problema storico è diventato un nodo concettuale e una parola-chiave dell’at-

(285) Cfr. M. GEUNA, *La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali*, in « Filosofia politica », XII, 1998, 1, pp. 101-32; M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 1999; *Republicanism: A Shared European Heritage*, M. van Gelderen, Q. Skinner eds., Cambridge, Cambridge University Press, 2002, voll. I e II; L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 2003; *Libertà politica e virtù civile: significati e percorsi del repubblicanesimo classico*, a cura di M. Viroli, Torino, Fondazione Giovanni Agnelli, 2004.

tuale lessico politico» (286). È il nuovo ‘paradigma’ che ‘guida’ la lettura dei fenomeni e, nel momento in cui serve a evidenziarne alcuni aspetti, getta un cono d’ombra su altri profili. Se nella rappresentazione della città medievale il momento della comunità ‘libera’ e della ‘libertà-partecipazione’ del cittadino sono messi in piena luce, vengono ad assumere un carattere più marginale, da un lato, l’attività ‘governante’ e ‘disciplinante’ della città nei confronti dei suoi membri, e, dall’altro lato, proprio l’‘autonomia’: l’autonomia intesa non solo come «affrancamento da ogni dominazione esterna» da parte della città, ma soprattutto come la sua piena autoaffermazione e autolegittimazione (287).

La città medievale torna ad essere vicina: nel momento in cui ne ricostruiamo la cultura, narriamo anche una *fabula* che ci riguarda direttamente, come avveniva con la storia sismondiana delle repubbliche italiane. La ‘narrazione’ repubblicana odierna non intercetta però la ‘narrazione’ repubblicana che la precedeva di più di un secolo, nonostante che entrambe insistessero sul medesimo oggetto e si nutrissero di un ethos largamente comune. A dividerle interviene la diversità dei presupposti che sorreggono le rispettive operazioni ermeneutiche: l’una immersa nell’orizzonte di una futura e auspicata identità nazional-statuale, l’altra sospinta dall’esigenza di indicare alternative cognitive e valoriali alla crisi «delle forme democratiche fondate sul nesso tra stato nazionale e sovranità popolare» (288).

È possibile dunque gettare ponti fra la città medievale e il nostro presente pur prendendo congedo dai paradigmi ottocenteschi. È però altrettanto possibile adottare strategie profondamente diverse che puntano, al contrario, a guardare alle comunità medievali e proto-moderne per cogliere la singolarità e la specificità delle loro forme di vita (289). Con forza assai maggiore di quanto non sia

(286) E. I. MINEO, *La repubblica come categoria storica*, in «Storica», 43-44-45, 2009, p. 125. Seguirò da vicino, nei rilievi seguenti, le importanti considerazioni di Mineo.

(287) *Ivi*, p. 147.

(288) *Ivi*, p. 126.

(289) Mi sembra che una siffatta disposizione ermeneutica valga anche per le interessanti ricerche promosse da Peter Blickle intorno al *Kommunalismus* (cfr. P.

avvenuto all'interno della storia giuridica, questo sentiero è stato percorso all'interno della storiografia 'generale', grazie ad analisi 'microstoriche', concentrate su esperienze rigorosamente 'localizzate'. Questo approccio ha fatto emergere due profili di grande portata: da un lato, è stata sottolineata l'importanza di pratiche sociali non formalizzate (quali i legami di parentela o di patronato o le appartenenze fazionarie) per la 'tenuta' di un gruppo socio-politico; dall'altro lato, è stata messa in questione la rappresentazione 'tradizionale' del processo di formazione dello Stato moderno (e quindi anche, al suo interno, del rapporto fra 'centro' e 'periferia')⁽²⁹⁰⁾.

Non posso misurarmi con il problema della possibilità e del senso di una storia dello Stato moderno⁽²⁹¹⁾; un problema che va

BLICKLE, *Kommunalismus. Skizzen einer gesellschaftlichen Organisationsform*, Band 1, München, Oldenbourg, 2000). Pur intrecciandosi con la storia della tradizione repubblicana per l'attenzione all'impegno 'partecipativo' dei membri delle comunità medievali e proto-moderne, queste ricerche non hanno dato luogo alla formazione di un vero e proprio 'modello' filosofico-politico di portata analoga all'attuale 'repubblicanesimo'. Né vedrei cogenti collegamenti fra la filosofia politica di ispirazione '*communitarian*' (pur debitrice di suggestioni organicistiche e 'gierkeane') e l'attuale storiografia volta a ricostruire la vita delle 'comunità' medievali e proto-moderne.

⁽²⁹⁰⁾ Una testimonianza esemplare è offerta da E. GRENDI, *Il Cervo e la repubblica. Il modello ligure di antico regime*, Torino, Einaudi, 1993. Cfr. in proposito gli interventi di A. TORRE, A.M. BANTI, D. ANDREOZZI, A. PACINI, M. MONTACUTELLI in « Società e storia », XVII, 1995, 67, pp. 113-68. Cfr. anche O. RAGGIO, *Visto dalla periferia. Formazioni politiche di antico regime e Stato moderno*, in *Storia d'Europa*, IV, *L'età moderna. Secoli XVI-XVIII*, a cura di M. Aymard, Torino, Einaudi, 1995, pp. 483-527.

⁽²⁹¹⁾ Mi limito a segnalare alcuni momenti di discussione: *L'état moderne: genèse, bilans et perspectives*, J.-Ph. Genet éd., Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1990; *Visions sur le développement des états européens: théories et historiographies de l'état moderne*, W. Blockmans, J.-Ph. Genet éd., Roma, École française de Rome, 1993; *Cities and the Rise of States in Europe, A.D. 1000 to 1800*, Ch. Tilly, W. Blockmans eds., Boulder, Westview Press, 1994; *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Mohlo e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1994. Un precedente, imprescindibile riferimento era stato offerto dai saggi raccolti e presentati da *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1971-1974. Una recente rivisitazione dei volumi curati da Rotelli e Schiera è offerta dai saggi (di L. Blanco, F. Benigno, A. de Benedictis, L. Mannori, M. Meriggi, M. Ricciardi) pubblicati in « Storia Amministrazione Costituzione. Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica », 16, 2008. Cfr. anche L. TEDOLDI, *Dove eravamo rimasti? Lo Stato in età moderna tra problemi stori-*

ovviamente ben oltre la storia semantica di 'autonomia'. Mi limito a richiamare l'attenzione, sia pure per rapidissimi cenni, su alcuni aspetti che appaiano in qualche modo connessi con il declino di quell'orizzonte statualistico determinante per le sorti del nostro lemma ⁽²⁹²⁾.

Sul problema delle condizioni di possibilità di una storia dello Stato moderno Giorgio Chittolini ha scritto pagine importanti, inducendo a riflettere su tre profili: l'impiego del termine 'Stato'; il rapporto fra assetti istituzionali e pratiche sociali; l'opportunità di un'analisi di lungo periodo. Per quanto riguarda il primo punto, Chittolini concorda sui rischi di un'anacronistica forzatura del passato nello stampo dello Stato teorizzato dalla giuspubblicistica ottonevicesca, ma aggiunge che in realtà « una sistematica ipostatizzazione del concetto di Stato (e la sua connotazione in termini di centralismo, sovranità assoluta, progresso, etc.) si ritrovano semmai, paradossalmente, proprio in alcuni dei suoi più convinti contestatori » e non più ormai negli storici più avvertiti, che ricorrono opportunamente a un'idea debole di Stato, solo per indicare una forma di convivenza che in qualche modo sia riuscita a darsi una precisa unità politica, consolidata « in un'unitaria *Verfassung* » ⁽²⁹³⁾.

grafici e questioni aperte, in « Le Carte e la storia », 15, 2009, 2, pp. 19-33; L. BLANCO, *Lo Stato 'moderno' nell'esperienza storica occidentale: appunti storiografici*, in *Dottrine e istituzioni*, cit., pp. 57-86; J.-Ph. Genet, *État, État moderne, féodalisme d'état: quelques éclaircissements*, in *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini*, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 195-205.

⁽²⁹²⁾ Ho tratto molte suggestioni dall'acuta riflessione di G. PETRALIA, 'Stato' e 'moderno' in Italia e nel Rinascimento, in « Storica », 8, 1987, pp. 7-48.

⁽²⁹³⁾ G. CHITTOLINI, *Il 'privato', il 'pubblico', lo Stato*, in *Origini dello Stato*, cit., pp. 568-69. Cfr. anche ID., *A Comment*, in *Florentine Tuscany*, cit., pp. 333-345 e la menzione dell'espressione (usata da Gian Maria Varanini) di « pallida statualità » (ivi, p. 337). Varanini parla di « forme di statualità pallida e anemica » in G.M. VARANINI, *Considerazioni introduttive*, in « Bergomum. Bollettino annuale della Civica Biblioteca Angelo Mai di Bergamo », CIV-CV, 2009-2010, p. 8. Decisamente orientato all'impiego dei termini 'Stato' e 'sovranità' per l'Italia del Rinascimento è R. FUBINI, *Politica e pensiero politico nell'Italia del Rinascimento. Dallo Stato territoriale al Machiavelli*, Firenze, Edifir-Edizioni Firenze, 2009. In termini più generali, G. GALASSO, *Stato e storiografia nella cultura del secolo XX. Appunti su alcuni aspetti del problema storico*, in *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*, Rome, École Française de Rome, 1993, p. 115, afferma che « per lo storico è stato ogni

Sul secondo aspetto, è, sì, essenziale ricostruire forme di aggregazione (che solo anacronisticamente potremmo chiamare 'private') di rilevante impatto 'politico' ⁽²⁹⁴⁾, ma occorre anche tener presente che « l'apparato pubblico di governo conserva una forte capacità di organizzazione e definizione; ed esercita poteri importanti, e di forte efficacia costrittiva » ⁽²⁹⁵⁾. Infine, l'analisi 'microstorica' di un contesto fortemente 'localizzato' rischia di isolarlo da una processualità 'lunga', di trattarlo come un « paese lontano », prescindendo « dal prima e dal poi » e generando quindi una sorta di « estraniamento verso la storia », di separazione del nostro presente dal passato ⁽²⁹⁶⁾.

Convieni far tesoro di queste sollecitazioni per interrogarsi conclusivamente sulla collocazione, in questo quadro problematico,

ordinamento o prassi politica che, nell'ambito di un determinato paese o di una determinata popolazione, comporti un potere o un complesso di poteri, legalmente o consuetudinariamente, permanentemente o saltuariamente riconosciuto come potere superiore; e tale che sia capace di svolgere alcune importanti funzioni fiscali, amministrative, giudiziarie etc. e, soprattutto, di rappresentare quel paese o quella popolazione nei riguardi di altri paesi e di altre popolazioni, e di assicurarne l'organizzazione e la direzione militare ». Considerazioni su un recente dibattito sulla possibilità di riferire il termine 'Stato' alla società medievale in E. ORLANDO, *Alla ricerca della statualità medievale*, in « Le carte e la storia. Rivista di storia delle istituzioni », XV, 2009, 1, pp. 107-15.

⁽²⁹⁴⁾ CHITTOLINI, *Il 'privato', il 'pubblico', lo Stato*, cit., pp. 561-62.

⁽²⁹⁵⁾ G. CHITTOLINI, *Stati padani, 'Stato del Rinascimento': problemi di ricerca*, in *Persistenze feudali e autonomie comunitative in stati padani fra Cinque e Settecento*, a cura di G. Tocci, Bologna, Clueb, 1988, p. 26. In una prospettiva non dissimile si muove, mi sembra, anche Elena Fasano. Cfr. E. FASANO GUARINI, *Centro e periferia, accentramento e particolarismi: dicotomia o sostanza degli Stati in età moderna?*, in *Origini dello Stato*, cit., pp. 147-76; EAD., *'État moderne' et anciens états italiens. Éléments d'histoire comparée*, in « Revue d'histoire moderne et contemporaine », 45 (1998), 1, pp. 15-41.

⁽²⁹⁶⁾ G. CHITTOLINI, *Un paese lontano*, in « Società e storia », 100-101, 2003, p. 328. Cfr. l'interessante discussione di Francesco Benigno ed Igor Mineo (F. BENIGNO, *Una discussione con Giorgio Chittolini. Paesi lontani e storici d'oggi*, in « Storica », 18, 2004, pp. 127-37; E.I. MINEO, *Una discussione con Giorgio Chittolini. Gli storici e la prospettiva neoepocale*, ivi, pp. 138-51). Anche Marcello Verga registra la tendenza a studiare il Seicento proponendosi « la costruzione di una 'alterità' rispetto alla modernità otto-novecentesca e l'individuazione, quindi, di un oggetto storiografico in sé chiuso [...]; [...] un'alterità della quale non interessa o non si sa più indicare le linee di passaggio, di transizione alla 'modernità' » (M. VERGA, *Il Seicento e i paradigmi della storia italiana*, in « Storica », 11, 1998, p. 11).

di quel campo semantico — sviluppatosi lungo l'asse 'autonomia-Stato' — di cui ho tentato di delineare una storia.

Credo che convenga prendere sul serio l'esaurimento dell'orizzonte statale formatosi nella koselleckiana *Sattelzeit*. Una precoce presa di distanza da esso è l'invito weberiano a vedere nello Stato non un concetto 'sostantivo' e oggettivato, ma uno schema orientativo. Questo spunto (che lo stesso Weber sviluppa non senza incertezze e deviazioni) assume oggi, sullo sfondo delle 'svolte' degli anni sessanta-settanta, una pregnanza particolare e permette di rafforzare il rifiuto di una qualsiasi (aperta o strisciante) entificazione o ipostatizzazione del termine 'Stato'. Essere consapevoli dell'esaurimento dell'orizzonte statualistico significa appunto prendere congedo da un importante filo conduttore della teoria otto-novecentesca dello Stato: che tendeva a pensarlo come una forza trainante della storia, espressione e tramite di un processo che collegava passato e presente sospingendoli verso il futuro. Al proprio lessico teorico la giuspubblicistica tendeva ad attribuire una valenza immediatamente rappresentativa della realtà, suggerendo una sostanziale identificazione fra le figure del discorso e le forme dell'interazione politico-sociale ⁽²⁹⁷⁾. Ammettiamo però di ritenere che 'Stato' sia semplicemente un *Idealtypus* elaborato dalla teoria politico-giuridica in un determinato tornante della sua storia. Che significa allora fare storia dello Stato? In che senso lo Stato può essere oggetto di storia?

In questa prospettiva, fare storia dello Stato è, in senso proprio, fare storia di un 'concetto': ricostruire storicamente una rete lessicale attraverso la quale uno o più saperi hanno costruito una loro peculiare rappresentazione della realtà. Sembra quindi difficile immaginare una storia della società medievale (cinquecentesca, seicentesca o otto-novecentesca) come una storia dello Stato, se è vero

⁽²⁹⁷⁾ Per un tentativo di ricostruzione di questa strategia discorsiva mi permetto di rinviare a un mio vecchio lavoro (P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986) e a un mio successivo intervento in *Tra 'crisi dello Stato' e 'Stato immaginario': un dibattito*, in « Cheiron », IV, 1987, 7-8, pp. 221-28. In un'analogia direzione procedono le brillanti considerazioni di A.M. HESPANHA, *Storia delle istituzioni politiche*, Milano, Jaca Book, 1993. Cfr. anche ID., *Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime*, in ID., *Poder e instituições na Europa do antigo regime*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 9-89.

quanto già osservava Weber: che cioè ‘Stato’ è non il mondo, ma una finestra sul mondo. Il mondo è un magma (cognitivamente imprevedibile nella sua totalità) di azioni e interazioni sociali. Lo Stato è una finestra che si affaccia su di esso: è però la finestra di un palazzo sette-ottocentesco, suggestivo, ma forse ormai scomodo per viverci. Disponiamo di altri punti di osservazione e di altri strumenti di rilevazione: per l'appunto quegli strumenti e quelle prospettive attraverso i quali la recente storiografia è stata in grado di dilatare e variare notevolmente la nostra comprensione dei ‘mondi perduti’ (o dei loro frammenti). Valga soltanto un riferimento alla ‘microfisica’ foucaultiana del potere (e alla dialettica del ‘potere’ e della ‘resistenza’) e alle suggestioni che da essa ha tratto e può ancora trarre la storiografia ⁽²⁹⁸⁾.

Dobbiamo allora oscurare una volta per tutte la finestra ‘Stato’? Credo che una risposta affermativa pecchi per un eccesso di rigore e di intransigenza e rischi di perdere di vista un’esigenza fondamentale: l’esigenza cui si richiamava in più occasioni Giorgio Chittolini; l’esigenza di cogliere, nel magma dell’interazione sociale, nel vortice dei poteri e delle resistenze, un’istanza unificante, un insieme di elementi capaci di farci capire la tenuta e la compattezza di una comunità politica. Niente impedisce di usare, a questo scopo, il termine ‘Stato’, nell’accezione ‘debole’ suggerita da Bobbio e più di recente da Chittolini. E ‘Stato’ può essere, in questo senso, una formula lessicale comoda da impiegare: restando fermo però che essa può svolgere un’utile funzione metalinguistica non perché ci dà una *risposta*, ma perché ci stimola a formulare una *domanda*; non perché è un modello politico (determinato in tutte le sue più minute articolazioni) di cui ricostruire la genesi, ma perché ci induce a sollevare, per i più diversi contesti, il problema di fondo cui la teoria otto-novecentesca dello Stato ha voluto offrire una soluzione (la sua soluzione): il problema della tenuta e del funzionamento di una comunità politica.

Se dunque ‘Stato’ è un costrutto teorico maturato in un tornante della cultura moderna e non la ‘sintesi’ *reale* del processo

⁽²⁹⁸⁾ Cfr. in questo senso le interessanti proposte di R. BIZZOCCHI, *Stato e/o potere. Una lettera a Giorgio Chittolini*, in « Scienza & Politica », 3, 1990, pp. 55-64; Id., *Storia debole, storia forte*, in « Storica », 5, 1996, pp. 93-114.

storico-sociale complessivo, il dibattutissimo problema delle ‘origini’ dello Stato moderno appare notevolmente sdrammatizzato. In realtà, delle difficoltà generate dal sovrainporre il concetto ottonevicesco di Stato a un processo storico-politico secolare la storiografia è ormai da tempo consapevole. Nasce da una siffatta coscienza critica la tendenza a spostare sempre più avanti il decollo dello Stato moderno: mostrando (per riferirsi solo a un indicatore fra i tanti) come uno dei suoi elementi caratterizzanti — il ‘centro’ sovrano che tiene in pugno le ‘periferie’ ed esautora ogni potere concorrente — non sia compatibile con l’effettiva dinamica politica della società — pattizia, policentrica, conflittuale — non soltanto nel medioevo, come è scontato, ma anche nella prima età moderna (299). È sufficiente allora chiudere lo Stato moderno nei confini della società otto-novecentesca? Nemmeno questo ulteriore spostamento in avanti sembra risolvere il problema alla radice; tanto che Luca Mannori, dopo aver osservato che « l’esistenza dei governi locali ha costituito in ogni momento un elemento strutturale ed indisponibile del sistema amministrativo », invita gli storici del diritto a compiere un’inversione di rotta e « a chiedersi quanto di ‘antico’ sopravviva nel cuore del ‘moderno’, al di là dell’autocoscienza di quest’ultimo » (300).

In effetti, la stessa espressione (‘origini dello Stato’) trattiene forse ancora troppo dell’idea dello Stato come ‘sintesi’ reale, struttura immanente, del processo storico (come ‘organismo’, potremmo dire forzando le tinte, che nasce, cresce, raggiunge la piena maturità

(299) Valga soltanto il riferimento (entro la storiografia italiana) a due libri importanti: L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici, secoli 16-18*, Milano, Giuffrè, 1994; A. DE BENEDICTIS, *Politica, governo e istituzioni nell’Europa moderna*, Bologna, il Mulino, 2001. Fa leva sul momento pattizio per individuare una specifica fase della statualità ‘moderna’ M. FIORAVANTI, *Stato: dottrine generali e storiografia*, in Id., *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 9-104. Cfr. anche Id., *È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?*, in « Scienza & Politica », 31, 2004, pp. 39-48 e Id., *Per una storia dello Stato moderno in Europa*, in « Quaderni Fiorentini », 39, 2010, pp. 69-81.

(300) L. MANNORI, *Genesis dello stato e storia giuridica* (a proposito di *Origini dello Stato*, a cura di G. Chittolini, A. Molho e P. Schiera, Bologna, 1994), in « Quaderni Fiorentini », 24, 1995, pp. 504-505.

e poi declina e muore). È appunto dal rifiuto dell'ipostatizzazione del termine 'Stato' e della connessa concezione teleologica del processo storico che la recente storiografia è sollecitata a concentrare la sua attenzione su un contesto determinato, su una specifica comunità politica.

Studiare un Comune medievale significa allora moltiplicare gli elementi di analisi che permettano di cogliere la sua modalità di esistenza. Non ho obiezioni se a questo scopo ci serviamo del concetto di 'Stato', nel senso debole del termine. Credo però che strumenti metalinguistici più efficaci possono essere ricavati ancora dalle pagine di apertura della weberiana *Wirtschaft und Gesellschaft*: a partire dalla definizione (generale e formale) di « potere » e di « disciplina »⁽³⁰¹⁾. Quali che siano gli strumenti impiegati, l'obiettivo è comunque cogliere l'unità sistemica di una comunità politica attraverso la ricostruzione delle dinamiche interattive dei suoi membri. Se volessimo giocare sulle parole, potremmo tirare di nuovo in ballo il termine 'autonomia': un' 'autonomia' che però non tanto evoca una relazione (sia essa di subordinazione, coordinazione o indipendenza) con un'entità (uno Stato, un ordinamento, un sistema politico, un sistema normativo) sovrastante, quanto sottolinea l'autosufficienza e l'unità politica di un ordinamento. Certo, l'autonomizzazione dell'oggetto potrebbe essere pagata con la rinuncia a comprendere la dinamica del mutamento nel lungo periodo. Il rischio non può essere sottovalutato. Ciò che però al momento viene a mancare è non tanto la messa a fuoco delle trasformazioni cui l'uno

(301) WEBER, *Economia e società*, cit., p. 52. La fecondità dell'idea weberiana è stata dimostrata dallo sviluppo del tema del 'disciplinamento', cui Schiera ha dato un contributo decisivo. Cfr. il bel saggio di G. ALESSI, *Discipline. I nuovi orizzonti del disciplinamento sociale*, in « Storica », 4, 1996, pp. 7-37. La dinamica del 'potere' e del 'disciplinamento' è già operante per Schiera nel Comune medievale e può essere assunta come un profilo di lungo periodo della dinamica socio-politica europea (Cfr. P. SCHIERA, *Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno*, in *Origini dello Stato*, cit., pp. 17-48. Cfr. anche i saggi pubblicati ora in Id., *Profili di storia costituzionale, I, Dottrina politica e istituzioni*, Brescia, Morcelliana, 2011, pp. 15-66). Su questa base Schiera ipotizza una linea di continuità fra il Comune medievale e lo Stato moderno. A mio avviso, la fecondità euristica del concetto di 'disciplinamento' regge autonomamente, quale che sia il rapporto che si voglia instaurare fra il concetto di 'disciplinamento' e il problema delle 'origini dello Stato moderno'.

o l'altro oggetto o settore dell'esperienza vanno incontro nel corso del tempo, quanto la rappresentazione del processo come di una totalità coerente: appunto quella rappresentazione facilitata dall'idea dello Stato come 'sintesi' e motore della storia. Occorre però chiedersi se la comprensione della totalità sia il *porro unum* della storiografia oppure, nella migliore delle ipotesi, soltanto un suo obiettivo asintotico.

Nel declino dell'orizzonte statualistico, spezzato il 'triangolo' che aveva ai suoi vertici 'Stato', 'autonomia', 'città', il Comune medievale, un determinato Comune, può allora venirci incontro nella sua singolarità: come una forma di vita che lo storico intende cogliere nella sua complessa unitarietà. Per giocare con le parole, potremmo ricorrere al termine 'suità': che, attraverso una lunga e tormentata storica semantica ⁽³⁰²⁾ viene ad essere impiegato, nel corso dell'Ottocento, nel lessico filosofico e in particolare da Rosmini, per indicare il tratto proprio e irripetibile di un ente e compare infine (sia pure come un *apax legòmenon*) in un'opera — *L'ordinamento giuridico* — di Santi Romano: che, definendo l'istituzione come « un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità » ⁽³⁰³⁾, parla della « suità dell'istituzione » stessa ⁽³⁰⁴⁾.

È nella sua 'autonomia-autosufficienza', nella 'suità' della sua forma di vita, che il Comune medievale viene ormai spesso studiato ⁽³⁰⁵⁾. Viene di conseguenza a cadere l'effetto di vicinanza prodotto dalla convinzione che la vicenda dei Comuni fosse la tappa di un percorso destinato a sfociare nello Stato nazionale; e finisce l'attri-

⁽³⁰²⁾ Attentamente ricostruita da A. DURO, *Suità: storia di un termine apparentemente ignoto*, in « Lexicon Philosophicum », 1, 1985, pp. 41-63.

⁽³⁰³⁾ Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 38.

⁽³⁰⁴⁾ Ivi, p. 3 (titolo del § 12).

⁽³⁰⁵⁾ Sono numerose le ricerche che, come scrive Massimo Vallerani, rinunciano a « sintesi lineari » e tengono conto « delle discontinuità, delle varianti, delle tensioni interne » caratteristiche di una lunga « sperimentazione politica » (M. VALLERANI, *Comune e comuni: una dialettica non risolta*, in *Sperimentazioni di governo nell'Italia centro-settentrionale nel processo storico dal primo comune alla signoria*, a cura di M.C. De Matteis e B. Pio, Bologna, Bononia University Press, 2011, p. 10). Vallerani si riferisce in particolare alle ricerche di P. Grillo, G. Francesconi, A. Poloni, E. Faini e, da un diverso ma convergente punto di vista, di S. Menzinger.

buzione di senso che da quella convinzione implicitamente scaturiva: che cioè la storia dei Comuni fosse, sì, cronologicamente lontana, ma non già separata da noi, bensì contigua con la nostra esistenza; fosse la *nostra* storia e da ciò traesse la pienezza del suo significato. In realtà, la lontananza, come la vicinanza, sono effetti prodotti dalle nostre operazioni ermeneutiche. Nel momento in cui 'allontaniamo' il Comune medievale per sottrarlo al cono d'ombra della moderna statualità, non possiamo comunque evitare di interrogarlo a partire dal nostro orizzonte ermeneutico (post-statuale e, se si vuole, post-moderno) e rendiamo quindi, di nuovo, problematica la sua 'alterità'. Lo 'allontaniamo' per cogliere la sua originale forma di vita e assumiamo al contempo la lontananza ad esso restituita come l'orizzonte entro il quale la rappresentazione del passato diviene un momento della nostra autocomprensione.

Letture

FRÉDÉRIC AUDREN et JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, CNRS éditions, 2013, pp. 1-330.

Si tous les ouvrages méritent *a priori* une recension, celui de Frédéric Audren (CNRS — Ecole de droit de Sciences Po) et Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure) doit sans aucun doute être lu, médité, commenté et critiqué au sens plein de ce dernier terme. Aussi souhaitons-nous présenter cette publication avant de revenir sur certaines de ses lignes directrices qui nous semblent ouvrir des perspectives décisives dans l'évolution de la recherche en histoire du droit en général, et plus spécialement en histoire de la pensée juridique.

La forme de l'ouvrage ne nous retiendra que pour souligner que la densité des analyses ne nuit jamais au plaisir de la lecture d'une étude qui ne cède ni à la facilité, ni à la simplicité. Sachons gré aux deux auteurs de nous proposer un essai historique alliant élégance du style, références savantes et précision du propos, alors même que le sujet, la culture juridique, ouvre si facilement la porte tant aux envolées lyriques qu'aux approximations les plus contradictoires et aux cécités les mieux entretenues de générations en générations aussi bien chez les juristes non-historiens que chez les historiens du droit.

Le choix de l'objet est en effet ambitieux car il n'est autre que de saisir l'histoire des cultures juridiques françaises. Il s'agit ainsi ni plus ni moins que de se pencher sur l'un des mythes les plus tenaces de la culture des juristes français: celui d'une culture homogène et atemporelle dont les membres de la doctrine juridique seraient les garants et les promoteurs privilégiés; celui d'une culture qui plus est proprement française, voire même singulièrement française.

Si cet ouvrage porte pour une part substantielle sur l'université française et en particulier sur les facultés de droit, il ne faut toutefois pas s'y tromper. Il s'agit bel et bien d'étudier la culture juridique en tant qu'« ensemble de valeurs, de savoirs et de savoir-faire qui orientent, donnent sens et cohérence aux activités des différents professionnels du droit », et non d'envisager la seule doctrine juridique, même si cette culture est dans sa partie la plus visible, du moins du point de vue des professeurs, principalement le fait de ces derniers. Car les deux auteurs nous disent justement que l'histoire française montre de toute évidence une pluralité de cultures juridiques en ce que les cultures profession-

nelles, leurs grandes variations, leurs ruptures et leurs adaptations, n'existent qu'inscrites dans un moment historique particulier et que l'université, bien que creuset commun réel et pérenne des juristes, n'agit que de façon variable et partielle sur ceux-ci. Autrement dit, ils nous proposent de ne plus confondre revendications corporatistes et histoire, discours et réalité, pensée juridique et culture, ou encore doctrines et pratiques du droit.

Le recours à la socio-histoire des juristes produit ici des effets des plus intéressants puisqu'il devient alors possible de mettre à distance la « tradition juridique » pour enfin penser la culture juridique en son histoire (1). C'est ainsi que la Révolution peut voir son rôle de rupture clairement établi pour la bonne et simple raison que les liens unissant les juristes du 19^e siècle avec leurs prédécesseurs sont visiblement rompus. La question de la culture juridique apparaît alors très tôt au 19^e siècle comme singulièrement liée à la situation de l'enseignement du droit au sein d'un paysage professionnel reconfiguré. Le trait dominant ce moment historique est alors l'existence d'une culture liée aux discours et aux pratiques relativement communs aux juristes qui sont passés par une faculté de droit sans qu'il soit pour autant possible d'identifier une seule culture juridique puisque nombre de juristes ne sont pas issus de ces facultés et n'ont donc que les références données par leurs pratiques et cultures professionnelles. Le changement décisif se produira pour l'essentiel entre le début de la Première Guerre mondiale et la fin de la Seconde Guerre mondiale lorsqu'apparaît la revendication d'une culture juridique nationale adossée à une tradition nationale. Ce n'est qu'alors que « la » culture juridique française est forgée pour mieux répondre aux sentiments de crise et de déclin ressentis par une doctrine professorale de plus en plus éloignée des praticiens du droit. Or, il semble bien que les profondes évolutions qu'ont connues depuis lors tant les professions que les universités françaises n'aient pas modifié ce discours devenu traditionnel pour une partie au moins des producteurs de discours sur le droit.

Un tel livre comble ainsi indubitablement une lacune et vient très utilement compléter le petit nombre d'études et d'ouvrages qui permettent d'aborder de front ce qui ressemble fort à de véritables impensés de la littérature juridique française. Au même titre que la figure du juriste lui-même (au contraire de cet autre mythe qu'est le « grand juriste »), la culture juridique est un parent pauvre de l'historiographie contemporaine. Si cette carence peut surprendre un lecteur non-français (l'occurrence de l'expression « culture juridique » étant largement plus importante en Italie par exemple ne serait-ce que si l'on

(1) Sur ce point, cf. en outre Serge DAUCHY, *Ouverture: Histoires des cultures juridiques. Circulations, connexions et espaces transnationaux du droit*, dans « Clio & Themis, Revue électronique d'histoire du droit », n. 2, 2009.

se réfère aux travaux de P. Grossi, A. Tarello, G. Alpa, M. Nardoza, G. Cazzetta, R. Ferrante, B. Sordi, L. Mannori, L. Ferrajoli, auxquels il faudrait encore ajouter P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, A. Schiavone, etc.), elle n'en demeure pas moins réelle malgré la publication relativement récente de riches et utiles dictionnaires, de quelques études d'histoire du droit le plus souvent centrées sur l'histoire de la pensée juridique ou l'histoire des facultés de droit et de revues consacrées totalement ou partiellement à ces mêmes thèmes, sans oublier quelques thèses (2). C'est donc hors des facultés de droit que de nombreux travaux utiles à cette histoire culturelle ont été trouvés par nos deux auteurs pour combler ce vide et réaliser la synthèse et la réflexion d'ensemble qui n'avait pas été tentée jusqu'à présent. Si le chantier à venir demeure vaste et ouvert, nous disposons donc désormais d'une œuvre de référence.

Pour explorer le continent mythique et controversé de la culture juridique française et structurer leur ouvrage, les auteurs ont choisi un plan qui peut surprendre, voire décontenancer le néophyte ou le lecteur distrait. Périodes et angles de vues se croisent en effet dans les deux premiers chapitres, comme pour mieux rendre compte des enjeux et des strates d'une histoire que l'on comprend très vite comme plurielle et complexe. Quoiqu'il en soit, l'argumentation est serrée et mérite que l'on suive pas à pas les lignes de crêtes des analyses qui nous sont offertes.

En partant de la structuration de l'enseignement dans le premier chapitre consacré à la période qui court de 1804 à 1870, les auteurs montrent clairement l'absence d'une littérature juridique officielle monolithique comme de toute exégèse du Code en 1814. Sont également mis en évidence le changement opéré lors de la Restauration et l'évolution d'une pensée juridique qui se transforme peu à peu en science de l'ordre, les professeurs devenant les « gardiens d'un ordre légal s'identifiant à une codification épurée de ses accents révolutionnaires et napoléoniens ». De façon éloquente, ils notent ainsi: « Sous prétexte d'une vigilance empreinte d'une prétendue neutralité, les professeurs se posaient en défenseurs indispensables d'un ordre immuable: celui du Code civil et de son plan, de la dictée des cahiers décrivant le texte de la loi de la manière la plus élémentaire, du silence (très relatif) dans les amphithéâtres et du conformisme de la doctrine ». Les Ecoles de droit ne fournissent de la sorte qu'une « culture juridique réduite à la formation préparatoire de futurs avocats et magistrats par l'enseigne-

(2) Pour des éléments bibliographiques, cf. la parution prochaine de *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, sous la direction de Bernard d'Alteroche et Jacques Krynen, Paris, Garnier, 2014, notamment les parties consacrées à l'histoire des facultés de droit et à celle de la pensée juridique moderne et contemporaine.

ment élémentaire d'un droit législatif centré sur les règles du Code civil ».

La Révolution de Juillet, quant à elle, montre non seulement l'écart entre Paris et la province, mais également les interventions d'un pouvoir davantage interventionniste face à une doctrine qui se construit dans une « relative diversité » laquelle fait largement objection à la fameuse et contestable « Ecole de l'Exégèse ». C'est alors au milieu du 19^e siècle que se forge une culture juridique de l'école qualifiée de « culture académique désincarnée », « une culture juridique d'Etat » « profondément dogmatique », formatée, isolée des milieux intellectuels, et finalement assez pauvre faute de réflexion sur l'Etat et le politique, comme d'ailleurs sur la méthodologie juridique.

Le chapitre suivant s'intéresse à la même période, mais sous un angle différent et complémentaire puisque l'on passe des professeurs aux étudiants et aux praticiens, c'est-à-dire finalement de la culture doctrinale aux cultures professionnelles. Ici l'analyse démontre avec finesse comment les facultés de droit, bien que conçues par le pouvoir impérial comme des « facultés professionnelles », ne sont nullement destinées à permettre l'apprentissage d'une profession mais bien à « acculturer les étudiants aux raisons de l'Etat », et surtout, peut-être, à faciliter leur intégration au monde des notabilités. L'acquisition des compétences n'est pas ainsi le centre d'un enseignement qui doit, pour l'essentiel, conduire à la reproduction de vertus sociales par une minorité bourgeoise qui, seule, peut accéder à la « noblesse du droit ».

Cette dernière expression est la bienvenue pour exprimer un élément fort d'une culture juridique qui s'acquiert certes en partie au sein des facultés de droit, mais également, et parfois surtout, en dehors de celles-ci. Si « l'objectif assigné à l'institution scolaire est, avant toute chose, d'apprendre à parler juridiquement, à discourir à la manière d'un juriste », si « l'étudiant apprend, techniquement, à se situer et à circuler dans le discours juridique », cette culture demeure pour l'essentiel rhétorique et intimement liée aux formes de sociabilité acquises en divers lieux exogènes aux facultés.

En dehors de ces dernières, les cultures professionnelles sont encore en formation mais, d'ores et déjà, les auteurs remarquent qu'elles s'affirment progressivement et franchissent un cap vers 1850 alors qu'elles réinventent leurs traditions, valorisent leurs identités et reconnaissent leurs spécificités. Ici l'histoire culturelle, en associant diverses lectures historiques trop fréquemment étrangères les unes aux autres, montre clairement comment en plein cœur du 19^e siècle, en dehors du discours et de la culture académiques, se forment des cultures d'opposition, notamment politiques. Loin de constituer un bloc, la période est ici scindée en moments forts qui sont autant de frictions et de contestations que l'histoire des seuls professeurs ne peut montrer.

Le chapitre 3 permet alors aux deux auteurs de réunir cultures savantes et professionnelles dans un cadre chronologique allant de 1870

à 1914. Période forte de cette histoire culturelle, ce moment est celui des renouvellements et des transitions. Les universités sortent transformées du choc de 1870 et de l'avènement de la République, et les professeurs deviennent enfin des « savants » se consacrant à la recherche. Ils se trouvent toutefois en décalage avec leurs étudiants qui, malgré les débuts de la méritocratie républicaine, restent encore largement d'un niveau faible. Bien qu'ils franchissent souvent les murs de leurs facultés pour participer à la nébuleuse réformatrice, ces professeurs ressentent un sentiment de crise. S'ils occupent la « scène médiatique », s'ils dominent intellectuellement leur temps, cette élite juridique, vraisemblablement majoritairement conservatrice, tend à fermer le champ juridique aux idées nouvelles. La chose est d'importance puisque les professeurs finissent par manquer le tournant des sciences sociales ⁽³⁾ et des nouvelles idées philosophiques, notamment par « conformisme académique ».

Ainsi, malgré cette Belle Epoque de la pensée juridique, l'histoire culturelle permet de montrer en quoi ces professeurs, de plus en plus séparés des professions juridiques, ont opéré un recentrement sur certaines valeurs comme la défense du Code de 1804, les libertés individuelles de 1789 ou encore le droit naturel. Par peur du socialisme, par la force des conservatismes, ils se sont ainsi tenus à l'écart des grandes évolutions en cours: « La synthèse opérée par les universitaires entre la tradition civiliste et le discours légitimant l'Etat-Nation, y compris dans son impérialisme colonial, favorisait une forme de conformisme académique. Dans l'histoire contemporaine des cultures juridiques françaises, la période qui s'achève avec la Première Guerre mondiale est aussi celle où se met en place une légitimité classique — celle qui croit au magistère de la doctrine, à la force du 'droit subjectif', à la limitation du pouvoir de l'Etat, à l'existence d'un droit naturel transcendant le droit positif — enfermant une partie importante des juristes dans un champ clos et pratiquement interdit aux profanes ».

Remarquons ici toute la difficulté de saisir les opinions politiques des acteurs de cette culture académique, et surtout l'influence de celles-ci sur leurs discours et constructions juridiques. On ne peut ainsi qu'appeler de nos vœux des travaux s'inspirant de la démarche de

⁽³⁾ Sur cette question, il faut consulter les travaux de Frédéric AUDREN, et notamment *Les juristes et les mondes de la science sociale en France. Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX^e siècle et au tournant du XX^e siècle*, thèse droit Dijon, dactyl., 2005; *Comment la science sociale vient aux juristes? Les professeurs de droit lyonnais et les traditions de la science sociale (1875-1935)*, dans *Le renouvellement des sciences sociales sous la III^e République. La Faculté de droit de Lyon*, sous la dir. de David Deroussin, Paris, La Mémoire du droit, 2007, pp. 3-50; *Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique*, dans « Mil neuf cent », n. 29, 2011, pp. 7-33.

socio-histoire présentée ici pour qu'enfin pensées juridiques et pensées politiques entrent en résonance et permettent une meilleure compréhension historique des enjeux et des positionnements intellectuels.

Car c'est bien de cela dont il s'agit tout au long de cet ouvrage stimulant et notamment dans le chapitre suivant consacré à la période charnière allant de 1914 à 1945. Objets trop peu souvent explorés, les deux grandes guerres et l'entre-deux-guerres se révèlent pourtant décisives et les auteurs sont pleinement convaincants dans leurs analyses.

Que nous disent-ils si ce n'est que la culture juridique française telle qu'elle est toujours véhiculée aujourd'hui par une partie de la doctrine, spécialement privatiste, est le fruit direct d'une réaction et non d'un lent processus naturel et consensuel. Entre 1914 et 1945 est ainsi inventée la « culture juridique française » alors qu'il devient nécessaire « d'insuffler à l'activité juridique ce 'génie français' (clarté, rigueur, scientificité et moralité) qui, seul, est de nature à assurer la cohérence et la pertinence des solutions aux problèmes du temps présent ». Il y a donc bel et bien rupture entre la Belle Epoque et l'entre-deux-guerres, et rejet non seulement de l'influence allemande, mais également du réalisme et des sciences sociales. La pensée juridique construit alors le mythe d'un « esprit français » impliquant une culture juridique idoine pour mieux imposer un cadre intellectuel à prétention normative.

Tout commence avec la Grande guerre et la fameuse « guerre du droit » dont l'analyse révèle l'importance au-delà des débats caricaturaux notamment en ce qu'elle renforce les stéréotypes et produit « une image purifiée, magnifiée de l'Esprit juridique français: formellement épris de logique, de rigueur et de précision, attaché à un idéal de justice, d'humanité et d'équité ». La guerre implique également une « militarisation des activités juridiques » et une « juridicisation de la société combattante » qui « déboussolent » les juristes et assurent la promotion d'une efficacité juridique devenue déterminante.

Alors que dans l'entre-deux-guerres la magistrature se professionnalise et que la compétence des avocats devient un enjeu, face à la montée des classes moyennes et donc de la méritocratie qui s'impose peu à peu au sein des facultés de droit, ces dernières connaissent une réaction identitaire et réaffirment leurs traditions tout en recourant à de nouveaux éléments caractéristiques. Parmi ceux-ci figure la « promotion de la technique juridique » qui devient « l'étendard de toute une génération de juristes » jusqu'à occuper une place centrale et toute nouvelle pour répondre aux défis auxquels les facultés sont sommées de répondre. Vocabulaire et « posture technicienne » viennent renouveler une culture juridique qui oscille encore entre divers projets politiques, comme entre son admiration pour la Belle Epoque et son désir de rompre avec les errements du passé. Or, cette lame de fond qui ne s'épanouira pleinement que postérieurement est largement alimentée par le souhait d'affirmer cette identité dans un paysage international en mouvement. Adossée à un tournant littéraire permettant d'affirmer

haut et fort un classicisme français, cette culture technicienne devient un point de ralliement dissimulant les tensions croissantes qui agitent les milieux juridiques. Ainsi, « dans la France de l'entre-deux-guerres, il ne s'agit pas simplement de désigner des traits exprimant le caractère civilisé de la société française (les qualités ainsi signalées sont incompatibles avec la barbarie allemande!) mais de rabattre le droit français contemporain sur la tradition du classicisme (l'ordre et la clarté, l'équilibre et la perfection, l'analyse et la vérité, la raison), fût-elle rénovée, qui est réputée donner aux productions françaises de l'esprit tout son génie ».

Vient alors « Vichy et ses zones grises », période pendant laquelle les juristes ne se mobilisent guère jusqu'en 1942. Avec beaucoup de tact les deux auteurs dressent alors un tableau tout en contrastes entre « abandon de principes élémentaires du droit », « accommodements avec le nouvel ordre politique », « opportunisme bien compris », mais aussi « résistances judiciaires » et « gestes héroïques ». Reste que le constat peut être fait d'une « faillite collective des milieux juridiques et judiciaires dans cette France des années sombres, symbolisée par leur rôle dans la préparation, l'application et la légitimation de la législation antisémite ». C'est ainsi par « culture de l'ordre » et par légalisme que les magistrats se plient au nouveau régime tandis que les autres professionnels du droit ont très peu utilisé l'arme du droit et ont, au contraire, contribué « à en légitimer l'existence, à banaliser et rationaliser les logiques d'exception et d'exclusion ». Par conviction et par adhésion au régime, nombre de juristes ont ainsi renié les « valeurs traditionnelles du droit » et répondu aux sollicitations d'un régime qui a largement recouru à ces notables traditionnels et ces experts techniciens prétendument « apolitiques ».

Il est d'ailleurs ici tout à fait remarquable que cette culture juridique n'a finalement prédisposé ni aux valeurs humanistes ni à la collaboration puisque les juristes ont été aussi bien collaborateurs que résistants, antisémites et antiallemands, positivistes et jusnaturalistes se retrouvant dans les deux camps.

A la libération, nul inventaire n'est réalisé, et c'est sans aucune réflexion historique que les juristes s'attellent à la construction d'une culture compatible avec des fondements républicains redéfinis. Or, le dernier chapitre, consacré à l'après-guerre, nous montre plutôt une différenciation des cultures juridiques alors que les milieux professionnels se spécialisent et s'éloignent les uns des autres, loin de l'image d'une communauté forgée par une identité monolithique. Aussi les auteurs peuvent-ils parler de profondes métamorphoses des cultures juridiques liées spécialement aux mutations du droit public, à la massification de l'enseignement supérieur ou encore à l'apparition de fortes formations professionnelles concurrentes. Ils avancent alors l'hypothèse selon laquelle la culture des droits de l'homme et des droits fondamentaux remplace peu à peu la croyance traditionnelle dans la

culture juridique, alors que les facultés de droit échouent à bâtir « un socle culturel commun aux étudiants » et alors que la spécialisation est croissante et que les postures techniciennes l'emportent massivement en évacuant « les discussions sur les fondements du droit » qui avaient encore cours dans l'entre-deux-guerres.

Si l'on peut ne pas être totalement séduit par la distinction opérée par les auteurs entre « culture des droits » et « culture du Droit », l'une et l'autre de ces perspectives se recoupant sans cesse dans l'histoire, il n'en demeure pas moins qu'ils nous convainquent du développement des cultures corporatives des écoles professionnelles, du délitement des liens réels entre les professions et les facultés, comme de l'isolement relatif mais réel de ces dernières qui deviennent peu à peu un « bloc conservateur » dans les années 1980.

Preuve en est d'ailleurs la corrélation entre l'exaltation de la culture juridique française et le repli sur soi, voire le refus catégorique du projet européen et, *a fortiori*, de la codification européenne du droit privé. Et s'il y a bien une lente acclimatation du droit européen, les réactions n'en demeurent pas moins vives chez les privatistes avec à leur tête le célèbre Jean Carbonnier qui se fait le « défenseur rigide d'une tradition française qui identifie la culture juridique nationale au culte de la loi et à des interprétations cartésiennes, dans un refus teinté d'hostilité aux méthodes de la *common law* d'une interprétation libre et créatrice ».

L'histoire devient alors souvent une arme permettant d'identifier culture juridique et tradition juridique. Bien que déconstruite assez largement par les travaux des dernières décennies, la vision continuiste de l'histoire se perpétue et alimente un discours de défense de la tradition devenue culture homogène, univoque et atemporelle. Comme le notent les deux auteurs: « les diverses mythologies — celle d'un droit français très anciennement constitué par une combinaison d'éléments germaniques et romains, celle d'une suprématie de la loi sans nuances depuis 1789, celle d'un Code Napoléon incarnant 'l'esprit français', celle d'une doctrine et de professions juridiques défendant toujours les droits de l'homme contre les abus de pouvoir ou celle de l'indifférence du droit national aux influences étrangères — apparaissent aujourd'hui comme autant de piliers soutenant un mythe plus global, celui d'une culture juridique française unique à travers le temps et l'espace, produit d'une tradition historique toujours vivante qui mêlerait de manière indissoluble le passé et le présent. Comme en réaction, les juristes les plus inquiets de l'internationalisation des sources du droit français s'accrochent à cette tradition, confondue avec la culture française, comme s'ils ne voyaient pas (ou ne voulaient pas voir) qu'elle est le fruit d'une invention, elle-même destinée à accréditer une vision de la continuité du droit souvent (nous ne disons pas toujours, car nous ne nions nullement les phénomènes de répétition dans la longue durée) démentie par l'étude des faits historiques ».

Ils concluent alors en déconstruisant la thèse de l'unicité de la culture juridique française, éborgnant au passage certains mythes bien ancrés comme le plan en deux parties, la séparation entre droit public et droit privé, la rationalité d'une méthode juridique exceptionnelle ou encore l'existence d'un « esprit juridique » proprement français. Reste une culture juridique rêvée que seuls font finalement vivre les universitaires. Or, « dans cette culture universitaire, les professeurs parlent aux professeurs, très peu à leurs étudiants (ce qui confirme la pauvreté de la réflexion méthodologique) et, s'ils parviennent à être lus par les avocats et magistrats, ils n'exercent qu'une influence limitée — dans le temps et dans le champ de la pratique — sur ceux qui font du droit comme praticiens ».

Et nos deux auteurs d'appeler de leurs vœux des études sur les cultures juridiques non pour nier l'existence et le rôle des mythes que révèle justement les travaux de socio-histoire, mais pour que ces mythes soient enfin compris pour ce qu'ils sont, et que les historiens du droit, notamment, puissent prendre part en toute rigueur aux débats contemporains dans une perspective citoyenne.

Ce trop court résumé nous conduit à plusieurs réflexions. La première est celle de la nécessité d'une démarche critique en histoire du droit non seulement face à la persistance, peut-être toutefois devenue minoritaire et très privatiste, d'une croyance irraisonnée en une sublime tradition française à nulle autre pareille, mythe s'il en est comme le démontrent les deux auteurs, mais également face à la pérennité moins apparente mais non moins forte de la force centrifuge que l'on retrouve encore chez de nombreux juristes, consistant à considérer le droit lui-même et la pensée qui l'accompagne comme objet singulier et incomparable à tout autre, c'est-à-dire finalement comme objet non culturel. N'est-ce pas là l'un des mérites de ce livre que de nous dire parfois explicitement, parfois implicitement, que le droit a été, est et reste un fait social et culturel, et est ainsi analysable en tant que tel, ni plus ni moins. Le droit ne saurait être un objet échappant par sa nature aux méthodologies et aux instruments multiples et variés de l'ensemble des sciences humaines et sociales. La chose peut sembler évidente, surtout après avoir lu cet ouvrage, mais ne faut-il pas nous interroger, « nous juristes », sur notre inclination à fuir les résultats des analyses disqualifiées parce que non juridiques? Cette lecture nous rappelle les rendez-vous manqués du droit et des sciences sociales depuis deux siècles en France et nous invite à reprendre le chemin non pas du discours sur la pluridisciplinarité, mais d'une pratique de nos disciplines intégrant tous les apports susceptibles d'alimenter notre réflexion sur cet objet culturel que de trop nombreux juristes continuent d'esquiver en arguant d'une expertise incommensurable et incomparable puisque singulière et irréductible, voire inconnaissable sans recourir à la métaphysique, voire, pire, réduite à une technique considérée comme tellement spécifique qu'elle tient lieu d'alpha et d'oméga, de justifica-

tion et de fondement tout à la fois, d'une pseudo-science refusant toute épistémologie. Autrement dit l'histoire ne peut être dogmatique sous peine de ne plus remplir son office. N'est-ce pas d'ailleurs le propos explicite de Frédéric Maitland à la fin du 19^e siècle?: « The lawyer must be orthodox otherwise he is no lawyer; an orthodox history seems to me a contradiction in terms. If this truth is hidden from us by current phrases about 'historical methods of legal study', that is another reason why the history of our law is unwritten. If we try to make history the handmaid of dogma she will soon cease to be history » (4).

Nous rejoignons ici les deux auteurs lorsqu'ils soulignent la mutation sensible des années 1980, notamment en ce qu'elle est également l'époque du regain d'intérêt pour l'histoire de la pensée juridique. Or il n'y a nul hasard dans la concomitance de la crise de la culture juridique classique et la reprise en main par certains de la théorie, de la philosophie et de l'histoire du droit après les épisodes de critiques du droit et d'utilisation de « l'arme du droit » par les réformateurs des années 1960 et 1970. Il n'y a pourtant aucun choix scientifique et on ne peut indéfiniment fuir le regard frontal et critique que nous offre la perspective culturelle.

Nos collègues le disent parfaitement: « La fonction critique, voire subversive, d'une histoire du droit, qui est aussi une forme d'histoire culturelle, consiste, au contraire, à apporter des éléments objectifs de comparaison entre les évolutions du droit français (et de ses représentations) et celles des pays européens ou extra-européens. En évitant de 'spiritualiser' le droit et de voir partout la spécificité d'une culture nationale, nous serons mieux à même de comprendre la diversité du *common law* (en Angleterre, aux Etats-Unis ou dans tous les pays qui se sont inspirés de tel ou tel point de cette tradition aux multiples visages) et de ne pas dresser l'Occident (supposé porteur d'une tradition juridique supérieure) contre le reste du monde ». Par le recours à l'histoire culturelle et donc à ses méthodes, les auteurs proposent tout simplement d'historiciser véritablement le phénomène juridique tel qu'il est pratiqué, pensé et construit par les juristes.

Voilà peut-être l'intérêt le plus fondamental de cet ouvrage qui est de nous donner à voir avec une clarté remarquable l'histoire sans le syncrétisme habituel, et donc sans ce procédé traditionnel chez les

(4) Frédéric William MAITLAND, *Why the History of English Law Is Not Written: An Inaugural Lecture Delivered in the Arts School at Cambridge on 13th October, 1888*, Cambridge University Press, 1888, pp. 14-15 et dans *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, H.A.L. Fisher ed., Cambridge University Press, vol. I, 1911, pp. 480-497. Add. l'excellent ouvrage de David M. RABBAN, *Law's History. American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge University Press, 2013 et son compte rendu par Jean-Louis Halpérin, « Revue trimestrielle de droit civil », n. 1, 2014, à paraître.

juristes français (on pense par exemple à Portalis ou Génésy) qui permet tout à la fois de nier l'historicité politique, économique et sociale, et de présupposer une continuité ontologique liée à l'essence de l'homme, à la transcendance, et donc à Dieu. En immergeant le juriste, cet impensé stupéfiant de la pensée juridique elle-même, dans son milieu évolutif pour en dessiner les cultures, puisque celles-ci de peuvent qu'être variables et donc multiples, sauf à en nier la réalité même, les auteurs nous invitent finalement à sortir des sentiers battus pour qu'enfin on cesse de « nier toute situation de l'Histoire » (Roland Barthes) et de faire de celle-ci un pur exercice de légitimation et d'anesthésie, voire même de stérilisation, de nos propres peurs. L'histoire devient ainsi un exercice stimulant d'invitation à la réflexion en s'éloignant d'une anthropologie et d'une muséologie telle qu'elle se pratiquait par exemple (en anthropologie justement) avant Malinowski.

Dans le domaine de l'histoire de la pensée juridique, domaine il est vrai peut-être plus restreint et plus juridico-centré, cet ouvrage fournit également ample matière à réflexion. En nous conduisant à ne plus négliger l'enseignement ritualisé, la transmission des valeurs au sein des professions, la littérature juridique (y compris dans ses productions populaires), les lieux de savoir et de sociabilité, l'histoire culturelle ne peut qu'enrichir sa sœur qu'est l'histoire de la pensée juridique. Elle permet d'élargir son champ d'investigation pour mieux saisir ses propres objets car si cette dernière est avant tout l'histoire des discours et de représentations relatives au droit, bien plus qu'histoire des pratiques et des professions, l'une et l'autre nous semblent devoir s'enrichir mutuellement.

L'une comme l'autre ont en effet leur propre chronologie qu'il faut distinguer de celle du droit substantiel ⁽⁵⁾. Si l'on admet en effet que « le droit est une technologie inventée dans des lieux et des moments différents » et si l'histoire du droit est la compréhension « des processus par lesquels la technologie juridique a été inventée » ⁽⁶⁾, cette distinction s'impose et l'historien doit alors s'efforcer d'en tirer toutes les conséquences lorsqu'il appréhende cette forme de discours qu'est la

⁽⁵⁾ A titre de comparaison, comme d'ailleurs quant au rôle des facultés de droit, cf. la traduction française de l'œuvre décisive de Michael STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, préface Jean-Louis Mestre, Dalloz, Rivages du droit, 2014 (éd. originale allemande de 1992).

⁽⁶⁾ Jean-Louis HALPÉRIN, *Le droit et ses histoires*, dans « Droit et Société », 2010, n. 75, pp. 295-313. A compléter par d'autres travaux du même auteur: *De quelques difficultés kelsénienne pour l'historien du droit*, dans *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 477-486; *Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français?*, dans « Cléo & Thémis. Revue électronique d'histoire du droit », n. 5, 2012, pp. 1-19; *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir*, Paris, Dalloz, 2013.

pensée juridique comme lorsque les deux auteurs isolent la période allant de 1914 à 1944 pour en montrer le rôle dans la reconfiguration du discours sur la culture juridique française.

À l'instar de ce que Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin nous proposent, il convient d'ailleurs de repenser l'histoire de la pensée juridique ou plutôt des pensées juridiques comme celle des représentations tant individuelles que collectives des acteurs dans l'histoire. Pour paraphraser Jhering, ce sont alors les acteurs réels dans l'histoire qu'il convient d'étudier et non plus la généalogie d'une genèse causaliste déroulant sa chaîne logique depuis Rome jusqu'à nos jours. Aussi, si l'on veut bien prendre quelques précautions méthodologiques, l'histoire de la pensée juridique, ainsi distinguée de celle du droit substantiel mais sans aucunement renoncer à poursuivre la quête des interactions, voire des confusions, entre discours et droit, devient non plus une quête des origines ou la construction du récit des origines, mais celle de singularités culturelles, intellectuelles, sociales et politiques dans la production d'une pensée ou de doctrines portant sur le droit.

S'il est nullement question ici d'opérer une séparation absolue entre les études d'histoire de la pensée juridique et d'histoire du droit (comme ensemble de normes), la distinction nous semble nécessaire non seulement pour décloisonner cette histoire de la doctrine juridique qui peut dès lors inclure tout ce qui peut aider à comprendre la formation de cette pensée (elle est ainsi nécessairement transdisciplinaire), mais également pour lui permettre de clarifier ses ambitions et ses fins.

La question des finalités d'une recherche historiographique peut sembler ici incongrue voire étrange de la part d'une communauté scientifique, spécialement lorsqu'il s'agit d'historiens ou de juristes patentés. Il n'en demeure pas moins qu'en la matière s'offusquer en arguant de la neutralité axiologique de la recherche universitaire fait fi d'une histoire de la recherche qui nous semble indispensable à l'intelligibilité même du champ, notamment tel qu'il est révélé par l'histoire culturelle.

Recourir à celle-ci nous semble contribuer à reconsidérer une histoire de l'histoire de la pensée juridique qui, si elle reste encore largement à faire, révèle dès l'abord une notable et évidente instrumentalisation comme le montrent très justement les deux auteurs qui nous retiennent. Écrire une telle histoire, surtout lorsque les acteurs de celle-ci font partie de facultés de droit qui entendent prendre une part non seulement à la connaissance mais également à la production des normes juridiques, ne peut se penser comme un acte neutre, et cela ne devrait d'ailleurs nullement choquer tous ceux qui savent bien qu'ici droit et histoire se rejoignent dans la création de récits socialement et politiquement efficaces. Comme l'écrit Olivier Jouanjan, il ne faudrait pas oublier que les penseurs qui nous intéressent « se racontent des

histoires, proposent à l'enquêteur des représentations fictionnelles du monde où ils agissent réellement » (7).

Reste qu'il n'est pas possible d'oublier que ce faisant, l'historien participe, volontairement ou non, consciemment ou non, à l'édification d'un ensemble de connaissances qui sert de mémoire à un corps. Ce dernier n'est d'ailleurs pas celui des seuls historiens-juristes mais bien celui des juristes dans leur ensemble, et spécialement celui des juristes-universitaires. Au sein de cette communauté, l'histoire du droit comme l'histoire de la pensée juridique remplissent une fonction certes légitime, mais peut-être surtout légitimatrice. On observe ainsi que l'étude de la pensée juridique en son histoire, ainsi que le révèle l'histoire culturelle, tend souvent à bâtir des généalogies, des filiations et devient le catalyseur du phénomène juridique lui-même. De ce point de vue, elle se confond parfois avec un culte voué aux grands devanciers, aux pères fondateurs, autant de figures tutélaires qui viennent donner leur *auctoritas* aux juristes d'aujourd'hui lorsqu'ils « entendent » penser et dire le droit, ou avoir vocation à le faire. L'historien qu'il soit ou non spécialisé focalise alors son attention sur les « grands auteurs » qui sont autant de saints patrons mobilisables pour telle ou telle cause, et permettent de forger ou de conforter les traditions qui innervent et fondent nos Facultés de droit.

Or, voilà que cette histoire des cultures juridiques nous conduit à nous interroger sur l'histoire des traditions et donc des légitimations, autrement dit à prendre au sérieux, pour une fois, nos « objets ordinaires » (8) qui, à force d'être devant nous, finissent trop souvent par devenir en l'espace fugitif d'une ou deux générations des évidences naturelles et donc culturelles. Le plus simple reste de lire les deux auteurs de ce livre pour le moins important : « Ce sont les besoins du présent qui configurent, à chaque époque, l'espace de la culture juridique et non l'héritage (le plus souvent oublié ou méconnu) du passé qui imposerait une fidélité aveugle à l'esprit juridique des générations précédentes. Chaque époque opérant un tri parmi les objets culturels du passé et les enjeux qui lui sont contemporains, les formes culturelles du droit résultent de processus réactualisés et rebelles à tout assignement à une identité atemporelle ».

NADER HAKIM

(7) *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 2.

(8) L'expression est de Stéphane RIALS et Denis ALLAND, *Avant propos*, dans *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. xii.

GIOVANNI BISOGNI, *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico* (Quaderni del Laboratorio Kelsen, n. 3), Milano-Udine, Mimesis, 2012, pp. 1-175.

Il mio intervento ⁽¹⁾ si articola in quattro punti. Formulerò all'inizio una osservazione di ordine introduttivo, relativa all'oggetto della ricerca di Bisogni. Successivamente farò riferimento a due testi dottrinali che ritengo assolutamente esemplari: tali cioè da aiutarci a circoscrivere ed individuare con precisione quella che lo stesso Bisogni chiama la « tradizione », ovvero la concezione della giurisdizione dominante ancora alla metà del secolo scorso, alla Costituente, ed oltre, per lo meno fino alla svolta che si produrrà in tempi recentissimi, nell'ultimo quarto del secolo scorso. Avrò poi occasione, nel corso della trattazione, di ricordare un'altra ricerca che si può considerare parallela a quella di Bisogni, dedicata al profilo decisivo del rapporto tra Corte costituzionale e giudici ⁽²⁾. Concluderò infine con qualche altra considerazione di ordine generale su ciò che forse più interessa — cui accenno per altro tra pochissimo — ovvero la radice filosofica, e storico-politica, in senso lato costituzionale, del problema che Bisogni pone con il suo libro, che si colloca — come vedremo da ultimo — a livello della configurazione complessiva dello Stato moderno, o più precisamente dello Stato di diritto come forma storicamente determinata di Stato, assunta dallo Stato moderno con la Rivoluzione e dominante in Europa fino all'ultimo quarto del secolo ventesimo. Iniziamo con l'osservazione introduttiva. Bisogni si occupa, nel periodo considerato, dalla entrata in vigore della Costituzione fino all'ultimo quarto del secolo, di « filosofia dei poteri pubblici » — come egli stesso afferma — con riferimento più specifico ad uno di tali poteri, ovvero la giurisdizione. Ebbene, a me pare di dovere segnalare con favore la scelta di un simile oggetto d'indagine da parte di un filosofo del diritto. Ritengo cioè che vi sia oggi bisogno di una filosofia del diritto presente nel dibattito costituzionale, proprio in quanto si occupi attivamente di « filosofia dei poteri pubblici », ovvero — per come la vedo io — del significato di fondo, di ordine costituzionale, degli atti del legiferare, del governare, del giudicare. È questa una presenza essenziale, che costituisce il più salutare antidoto contro l'isterilirsi del dibattito costituzionale nella dimensione che viene presentata come « tecnica », che poi

(1) Il testo riproduce fedelmente quanto espresso presentando il libro di Bisogni (Università di Salerno, 4 febbraio 2014).

(2) Mi riferisco a E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

finisce — come risulta nei fatti con sempre maggiore evidenza — per smarrirsi nelle nebbie fitte della c. d. « Ingegneria costituzionale ».

Si potrebbe per altro dire: il lavoro di Bisogni è in verità essenzialmente di carattere storico, più precisamente di storia della cultura costituzionale, con un riferimento ad un Paese, il nostro, e ad alcuni determinati decenni. E si potrebbe aggiungere che chi come me si occupa di storia del pensiero giuridico e della cultura costituzionale sarà perciò fatalmente indotto a considerare quel lavoro come appartenente al proprio campo disciplinare. Confesso di aver pensato questo leggendo il volume. Ma non è così. Bisogni si occupa infatti senza dubbio di storia della cultura costituzionale, ma con un intento del tutto trasparente, che è decisamente il suo, in condizione di assoluta originalità: far balzare fuori il problema filosofico, per l'appunto di « filosofia dei poteri pubblici », che è quello del « valore » — adopero non per caso questo termine-concetto — racchiuso in un determinato modo d'intendere l'esercizio della funzione giurisdizionale. Un « valore » gelosamente custodito dalla tradizione di cui Bisogni si occupa, e che rimarrà dominante fino a tempi recentissimi, determinando così una significativa « distonia » — come nel volume più volte si osserva — tra un mondo che cambia profondamente, con riferimento all'universo storico-culturale complessivo della Costituzione, e in particolare all'avvento delle Costituzioni democratiche del Novecento, a partire dalla metà del secolo scorso, e la giurisdizione medesima, che continua a proporsi, e ad essere proposta dalla dottrina costituzionale, nei termini della tradizione, come attività di mera applicazione della legge, la più possibile distante da arditi voli di carattere interpretativo. Torneremo su tutto questo. Qui premeva solamente in via preliminare chiarire dal nostro punto di vista quale sia l'oggetto in senso proprio del volume di Bisogni, che riassumerei così: attraverso la storia scoprire quello che chiamerei il « segreto » della giurisdizione, ovvero la causa profonda di quella lunga permanenza del modo tradizionale di concepire il ruolo, e prima ancora il significato, della giurisdizione, che lo stesso Bisogni illustra con riferimento al caso italiano.

Dicevamo all'inizio: una osservazione, che è quella appena svolta, e due riferimenti dottrinali, che sono quelli che ora propongo. Il primo. È racchiuso in una frase lapidaria, quasi disadorna, di Carré de Malberg: « Il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione »⁽³⁾. Il secondo, più articolato, è contenuto nel celebre *Commento allo Statuto* di Racioppi e Brunelli. Così recita: « Il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presupposizioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subbiettivi

(3) R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale* (1931), tr. it. a cura di M. Calamo Specchia, Milano, 2008, p. 183 e ss.

individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli » (4).

Nella loro semplicità i due testi racchiudono l'intero significato storico della « tradizione » di cui si occupa Bisogni, che a sua volta si esprime nella dottrina dello Stato legislativo di diritto, di cui è parte autorevole lo stesso Carré de Malberg. Parliamo proprio di quella dottrina che rimarrà dominante ben oltre le presunte colonne d'Ercole del primo ventennio del secolo scorso, che tale rimarrà — per ciò che riguarda l'Italia — al tempo della Costituente, ed anche dopo, fino all'ultimo quarto del secolo medesimo. Quella dottrina, che — come ripetiamo — è la « tradizione » da cui prende le mosse Bisogni, ha per altro una dimensione europea, che si pone come tale ben al di là dei distinti regimi politici nazionali (5). E quello che Bisogni studia, quello che Carré de Malberg raffigura, si esprime in modo unitario sul piano europeo proprio in quella immagine del giudice, che non « vede » la Costituzione, perché per lui il diritto positivo vigente ha la forma necessaria della legge, e delle altre fonti di diritto ad essa conformi, secondo il principio di gerarchia.

Ed infatti Carré de Malberg scriveva quella frase per rivendicare la specificità del modello costituzionale europeo-continentale derivato dalla Rivoluzione nei confronti del diverso modello statunitense, che appunto tale era, ovvero diverso; laddove questa diversità, frutto di vicende particolari, che rendevano quel modello non esportabile in Europa, consisteva proprio nel considerare la Costituzione pienamente norma giuridica, direttamente applicabile in giudizio, a preferenza della legge ordinaria, creando così il presupposto per la soluzione in senso disapplicativo e diffuso del controllo di costituzionalità. Era quello che si poteva e doveva evitare in Europa, il più a lungo possibile. In altre parole, in Europa si doveva conservare il più a lungo possibile il modello di garanzia dei diritti sotteso al secondo testo da noi richiamato, di commento allo Statuto, secondo cui i diritti vengono ad « esistenza giuridica » — un concetto questo davvero altamente significativo — solo grazie alla previsione legislativa, prima della quale la Costituzione può offrire, priva com'è della « forza di legge » — altro concetto-chiave —, solo « presupposizioni », ovvero proclamare principi, ma senza garantire sul serio, non essendo essa autentica norma giuridica, non essendo essa come la legge autentico diritto positivo vigente. Insomma, ciò che si doveva fare in Europa era mantenere

(4) F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, II, p. 34.

(5) Ho trattato questi problemi in M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione nell'epoca del diritto pubblico statale*, in *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di F. Mancuso, G. Preterossi e A. Tucci (Quaderni del Laboratorio Kelsen, 4), Milano-Udine, Mimesis, 2013, p. 221 e ss.

integro il monopolio della forza normativa nelle mani della legge, lasciando alla Costituzione, insieme al disegno della forma di governo, le affermazioni di principio, le « presupposizioni », come dice il nostro testo: tutti materiali in senso lato « politici » che come tali non avrebbero dovuto interessare il giudice, fermo alla funzione di applicazione della legge dello Stato. Ecco dunque che anche per la via dei diritti torniamo al giudice di Carré de Malberg, che si occupa di leggi, e non di Costituzione.

Tracce più che evidenti di questo atteggiamento, di questo reiterato sforzo teso — si potrebbe quasi dire — a mettere in sicurezza il sistema consegnato dalla tradizione, le ritroviamo anche nella nostra Assemblea costituente, come mostra tra l'altro, in singolare e parallelo rapporto di sintonia con il libro di Bisogni, un recente volume di Elisabetta Lamarque dedicato a illustrare il rapporto stabilitosi in età repubblicana tra Corte costituzionale e giudici, che anche a me pare essere decisivo per la comprensione del nostro problema ⁽⁶⁾.

Si tratta di un rapporto che è andato sempre più orientandosi nel senso del dialogo, e più ancora della collaborazione, fino poi al connubio, alla consapevolezza della comune appartenenza alla sfera che potremmo chiamare — vedremo tra poco con quale significato — della *iurisdictio*. Quel rapporto non si poneva certo così nel disegno originario della Costituente che era tutto dominato dal modello della tradizione, come mostra la Lamarque confermando perciò su questo punto decisivo, e dall'interno della dottrina costituzionalistica, le conclusioni cui è pervenuto Bisogni per altra via. E il modello della tradizione prevedeva, al contrario di quello che successivamente è accaduto, un regime di netta separazione tra esercizio del controllo di costituzionalità da parte della Corte ed esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei giudici. Una separazione che era voluta e stimata necessaria prima di tutto per erigere una diga a protezione della tradizionale identità della giurisdizione, in modo cioè che i giudici, pur all'interno di un quadro completamente mutato, dotato di una Costituzione intesa come norma suprema, potessero continuare a fornire la prestazione che da sempre, dalla Rivoluzione in poi, si chiedeva loro: un'applicazione della legge dello Stato pronta, sicura e uniforme. Solo in certi casi, a certe condizioni, e nella sfera esclusiva e in sé limitata della patologia della legge, quei giudici, come giudici *a quo*, avrebbero concorso a costruire il percorso del controllo di costituzionalità, che però si sarebbe poi svolto nella sua essenza presso la Corte, e dunque fuori dalla sfera della giurisdizione, in un luogo separato, in cui erano possibili evidenti anomalie — lì, ma solo lì, e non presso il singolo giudice — rispetto al modello della tradizione: una certa esplicita connessione tra politica e diritto, tra l'altro presente in modo evidente già nei criteri di compo-

⁽⁶⁾ Cfr. *supra*, nota 2.

sizione della stessa Corte, e più ancora il ricorso in giudizio, come parametro di costituzionalità, a norme di principio, soprattutto in materia di diritti fondamentali della persona, che come tali, in quanto cioè prive di fattispecie, non potevano essere applicate secondo i dettami della tradizione, e dovevano essere invece attuate, e concretizzate, a partire da un lavoro d'interpretazione della norma che faceva della Corte un soggetto istituzionale di fatto, e di diritto, coinvolto nel processo democratico di attuazione della Costituzione, ben al di là dei giudici e della giurisdizione, in una zona preclusa ai giudici medesimi, entro cui era possibile ammettere una certa commistione di politica e diritto proprio perché si trattava di una zona riservata, collocata lontano dall'ordinario svolgersi della giurisdizione, dal lavoro quotidiano dei giudici. A questi ultimi il sistema continuava dunque a chiedere esclusivamente la tradizionale fedeltà alla legge, lasciandoli anzi il più possibile immuni dalle novità insite nella istituzione del controllo di costituzionalità. In una parola la prospettiva era: proclamare la Costituzione norma suprema, di conseguenza istituire il controllo di costituzionalità, ma senza che tutto ciò coinvolgesse e soprattutto finisse per snaturare la posizione dei giudici, l'esercizio della giurisdizione.

Le cose non sono andate così, come ormai sappiamo, anche grazie alle ricerche di questi ultimi anni, che come nel caso di Bisogni sono tornate sui primi decenni della Repubblica con un occhio nuovo. Le stesse prime sentenze della Corte mostrarono fin da subito come il controllo di costituzionalità fosse destinato, quasi per sua natura, a produrre effetti su tutto il sistema costituzionale, lasciando quindi al palo, e sempre più perdente, la strategia sopra descritta, di contenimento delle novità al di là del cancello, che si sarebbe voluto chiuso, della Corte. Quest'ultima cominciò infatti quasi subito ad aprire il cancello, a dialogare sia con il legislatore, costruendo l'ormai ben noto controllo di ragionevolezza della legge, sia con gli stessi giudici. In questa seconda direzione le acquisizioni sono sotto gli occhi di tutti: si ricordi a questo proposito almeno il dovere, posto in capo al giudice, di praticare la c. d. « interpretazione conforme », che secondo alcuni sta di fatto avvicinando il nostro controllo di costituzionalità al sistema americano, di tipo c. d. « diffuso »; o anche la straordinaria invenzione delle sentenze della Corte c. d. « interpretative di rigetto », con le quali la Corte decide di mantenere in vita una certa norma, ma a condizione che i giudici ne diano una certa interpretazione, che si ritiene essere conforme a Costituzione.

Qui la divergenza dal modello della tradizione, e il fallimento della strategia di contenimento, sono addirittura clamorosi, e si assiste così allo spettacolo eclatante dell'intera sfera della *iurisdictio* — che prima si rammentava —, con un pieno coinvolgimento dei giudici, impegnata a dettare la corretta interpretazione della legge, nel senso di conforme alla Costituzione, censurando quella legge, ma in quanto per altro verso leggibile in senso difforme dalla Costituzione. Uno spetta-

colo che i nostri Costituenti, con la loro tradizionale cultura della giurisdizione, non avrebbero mai immaginato. E se avessero potuto immaginare quella determinata situazione certo non l'avrebbero condivisa. Vi avrebbero visto infatti un'inaccettabile dilatazione del controllo di costituzionalità che da rimedio puntuale cui ricorrere nella eventualità di una singola patologia della legge, ovvero di un vizio tale da determinare la sua possibile incostituzionalità su un aspetto determinato rischiava per quella via di divenire ben altro, ovvero di configurarsi come un'attività costante, collocabile nella sfera della fisiologia del sistema, riconducibile in sostanza all'esercizio ordinario della giurisdizione, con un uso quasi quotidiano, presso ogni giudice, della Costituzione, come autentica norma giuridica. Ci si stava in effetti avvicinando al modello statunitense, che è quello che poi in parte è accaduto. E nello stesso tempo è caduto, o sta cadendo, uno dei pilastri — forse il pilastro — del modello costituzionale ereditato dalla Rivoluzione, ovvero la necessaria priorità del legislatore nel lavoro di concretizzazione dei precetti costituzionali, la necessità della interposizione della legge perché i principi costituzionali possano essere considerati autentiche norme giuridiche. Ora è del tutto evidente, contro la tradizione, come esistano due modi, distinti e nello stesso tempo interdipendenti, di concretizzazione dei precetti costituzionali, quello legislativo e quello giurisdizionale.

Vengo alle considerazioni conclusive. È evidente che qualcosa di estremamente rilevante è in questo senso mutato nel corso della esperienza costituzionale repubblicana. Tanto che si parla oggi dello « Stato costituzionale » delle democrazie odierne come di una nuova, ed inedita, forma di Stato; ed io stesso ho parlato di recente della applicabilità alle nostre vicende — quelle stesse descritte da Bisogni — dello strumento, e del concetto, di « trasformazione costituzionale » (7), riprendendo la *Verfassungswandlung* della dottrina tedesca, intesa come un processo storico-materiale che sposta gli assetti costituzionali, mutando il sistema delle fonti di diritto, e con esso in particolare il significato basilare degli atti fondamentali del legiferare e del giudicare. Qualcosa di straordinariamente rilevante, che sta accadendo sotto i nostri occhi, e del quale a mio avviso non abbiamo piena consapevolezza, essendo le nostre categorie ancora in larga misura quelle della tradizione, solo corrette nel corso del Novecento dall'avvento delle nuove Costituzioni democratiche, ma forse mai sostanzialmente messe davvero in discussione. Tanto da spingerci a giudicare invariabilmente il nostro presente alla luce delle categorie della « crisi » o della « ano-

(7) Si veda ora M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G. Brunelli e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013, p. 355 e ss.

malia », proprio in quanto quel presente diverge dalla immagine consegnata dello Stato di diritto. E siccome non vogliamo rinunciare a quella immagine, al nocciolo duro di quella tradizione, a fronte della sua incapacità a spiegarci il presente, alla fine non possiamo uscirne fuori altro che condannando il presente, considerandolo sempre e comunque con gli occhiali della « crisi », e magari anche della « dissoluzione »: una condizione destinata all'esito del nichilismo, all'avvento di una sorta di ultimo tempo in cui il diritto non potrà più avere alcun contenuto, diverrà una mera tecnica di riordino.

Non è così. Lo si vede con particolare evidenza proprio sul terreno specifico della giurisdizione. Ciò che Bisogni lamenta, ovvero un colpevole attardarsi nella ricerca del contenuto, e della natura effettiva, della attività giurisdizionale, è figlio di quell'atteggiamento più complessivo che sopra si tratteggiava secondo cui ciò che diverge dalla tradizione è per ciò stesso sintomo, ed insieme manifestazione, di « crisi », o peggio si colloca all'inizio di un processo di dissoluzione di ogni certezza del diritto. Si pensa così, con le categorie della tradizione — per venire al nostro tema, allo specifico del problema sollevato da Bisogni — che se s'inizia a fare eccezione al modello positivistic del giudice come inflessibile e meccanico applicatore della legge dello Stato, se s'inizia ad ammettere che il giudice possa e debba interpretare la legge, magari per concorrere a determinare la sua conformità alla Costituzione — come abbiamo visto sopra — ben presto ci accorgiamo che con quelle eccezioni, e con quelle ammissioni, abbiamo di fatto consentito l'avvio di un processo alla fine del quale inesorabilmente accadrà che i giudici vorranno sindacare il merito politico della legge, e che si creeranno perciò le condizioni per l'affermarsi del c. d. « governo dei giudici », da sempre — o più precisamente dal tempo della Rivoluzione — il più temuto tra gli spettri che agitano l'animo, e minacciano l'esistenza, di quella forma di Stato che potremmo ora definire lo « Stato di diritto della tradizione ». È questo un carattere di fondo della nostra tradizione — forse di ogni tradizione: sospingere tutti verso la logica del « prendere » o « lasciare », negare la propria riformabilità, drammatizzare le divergenze, considerandole sempre come l'inizio di un processo di carattere dissolutivo, entro cui l'abbandono, anche solo parziale, della stessa tradizione significa automaticamente disordine, perdita di ogni certezza..

Così, per tornare di nuovo al nostro specifico, in quella linea non si può e non si deve considerare il coinvolgimento dei giudici nel processo di concretizzazione dei principi costituzionali, o la loro attività d'interpretazione della legge alla luce di quei principi, come il determinarsi di un nuovo modo d'essere della giurisdizione, adeguato ai tempi nuovi dello Stato costituzionale, ma come l'avvio di un processo distruttivo, che tende a restituire ai giudici una dimensione politica, demolendo cioè progressivamente quella immagine integralmente giuridica, di fedeli applicatori della legge dello Stato, che era stata creata

per loro dalla Rivoluzione, che non a caso aveva compiuto l'operazione opposta, rispetto a quella che si vorrebbe ora compiere con lo Stato costituzionale, aveva cioè depoliticizzato il loro ruolo, e la loro attività, li aveva cioè sradicati dalla dimensione del governo, di cui avevano fatto parte nel tempo precedente dell'antico regime.

Con queste ultime considerazioni ci avviamo a concludere, tornando al punto di partenza. La nostra domanda, quella medesima che ci ha posto Bisogni, era: qual è il « segreto » della giurisdizione? Perché è così difficile rileggere il senso dell'operare giurisdizionale nei tempi nuovi che sono i nostri, quelli dello Stato costituzionale?

La risposta è in un certo senso implicita nelle considerazioni che da ultimo abbiamo formulato. Dietro a quella identità tradizionale della giurisdizione, che si vorrebbe tutta racchiusa nella funzione di applicazione della legge, c'è effettivamente un nodo di carattere epocale, relativo a qualcosa di assai più complessivo, che a che fare con lo stesso Stato moderno, nella forma che esso aveva acquisito in Europa sulla spinta della Rivoluzione, e che siamo soliti chiamare « Stato di diritto ». Quella forma di Stato si fondava infatti su un regime di rigida separazione tra politica, intesa come deliberazione della legge, e diritto, inteso come applicazione della legge. *Tertium non datur*: o deliberi la legge perché sei rappresentante del popolo, o della nazione, o applichi la legge, perché sei un funzionario a ciò deputato, come il giudice. Nel mezzo rimane, e deve rimanere, terra bruciata. Perché non può esistere un *tertium genus*, che poi ipoteticamente potrebbe essere quello della interpretazione. Non può esistere perché l'interpretazione è in sé impura, per un verso di natura politica, perché di fatto creativa di diritto attraverso la scelta per l'attribuzione alla norma di un certo significato, e per un verso giuridica, perché comunque diretta alla disciplina di un caso concreto. Ovvero l'interpretazione mette in discussione il fondamento primo dello Stato di diritto, il regime di rigida separazione tra politica e diritto. Il giudice che s'inoltra su quel territorio, che pretende d'interpretare la legge, mette in discussione quel regime, opera di fatto contro lo Stato di diritto, concorre a politicizzare l'esercizio della giurisdizione, ma insieme anche a nutrire fatalmente l'ambizione di sindacare il merito politico della legge, e dunque — inevitabile rovescio della medaglia — a giurisdizionalizzare la politica. E lì stava dunque il principio di dissoluzione dello Stato di diritto, della forma politica che aveva governato l'Europa nel tempo compreso tra la Rivoluzione e le nuove Costituzioni del Novecento. Da qui tutta la rigidità che abbiamo visto nel difendere e proteggere l'immagine tradizionale della giurisdizione. Perché non era in gioco solo l'identità di un singolo potere, ma molto di più, ovvero, a partire da quel singolo potere, era in gioco uno dei fondamenti, forse il primo fondamento, dell'intero sistema costituzionale, della stessa forma di Stato.

Concludo. Oggi viviamo in una fase ancora diversa. Qualcuno parla di un approdo già conseguito ad una nuova forma di Stato, lo « Stato costituzionale ». Ed entro questa nuova forma i giudici svolgono ormai ordinariamente tutte le attività che lo Stato di diritto della tradizione inibiva loro, ad iniziare dalla interpretazione della legge, in particolare alla luce della Costituzione, e in senso conforme alla Costituzione, essendo ormai quei giudici una componente essenziale del meccanismo deputato a custodire, e anche ad attuare, la Costituzione. Si deve allora dire che il problema posto da Bisogni non è più attuale? Io credo di no. Io credo anzi che Bisogni abbia posto un problema oggi più che mai attuale, proprio per l'avvenuto dispiegamento, in modo sempre più evidente, della presenza della giurisdizione nei sistemi costituzionali del nostro tempo. In una parola, proprio perché i giudici fanno molto, e sempre di più, è sempre più attuale la domanda su ciò che fanno, su quale sia davvero la natura dell'attività giurisdizionale. Se oggi, a differenza dell'immediato passato, siamo davvero in grado di ammettere che quella attività non si esaurisce nella mera e stretta applicazione della legge, contenendo essa in sé un margine più o meno ampio di libertà, e di scelta; se cioè si ammette apertamente che esiste una politicità intrinseca all'esercizio della funzione giurisdizionale, allora bisogna iniziare a lavorare in questa direzione, fino a pervenire ad una enunciazione dei caratteri di questa politicità, evidentemente diversa da quella associabile alla titolarità dell'indirizzo politico. Questa *altra politicità*, diversa da quella di cui sono portatori i poteri che si collocano nella sfera dell'indirizzo politico, deve ancora trovare la sua identità, la consapevolezza dei propri caratteri distintivi, che sono da elaborare prima di tutto in rapporto alla Costituzione. Oggi questo è un tema di grande rilievo. Bisogni ha sottolineato la necessità di affrontarlo, ed ha anche iniziato ad indicare la via.

MAURIZIO FIORAVANTI

AGUSTÍN E. CASAGRANDE, *Los vagabundos y la justicia de Buenos Aires durante el periodo tardo colonial (1785-1810). Construcciones jurídicas y criminalidad*, Buenos Aires, Instituto de investigaciones de historia del derecho, 2012.

Il libro di Casagrande, per metodo e contenuti, s'inserisce in quella che egli stesso descrive come la nuova storia della giustizia.

Nella densa parte introduttiva l'A. illustra le coordinate entro le quali il fenomeno del vagabondaggio ed il suo trattamento penale nella regione rioplatense saranno analizzati. La punibilità della *vagancia* si fonda su un insieme di fattori sociali, economici, culturali e giuridici che

richiedono, per la sua corretta comprensione e storicizzazione, un approccio che non può ridursi alla sterile analisi del dato normativo. L'impronta foucaultiana porta l'A. a riconoscere un ruolo centrale ai discorsi che costruiscono i caratteri della devianza, della pericolosità, della perseguibilità del vagabondo, muovendo dall'accettazione del *labelling approach*. Dalla letteratura teologico-giuridica del XVI secolo fino ai provvedimenti disciplinari del tardo Settecento, la rilevanza penale dell'oziosità e del vagabondaggio non è un 'dato' che l'ordinamento riconosce e regola, ma implica un processo continuo di creazione della penalità, di descrizione, legittimazione e imposizione di modelli di comportamento. La definizione del *vago*, o meglio della condizione di *vagancia*, presupposto indispensabile per l'attivazione della macchina della giustizia coloniale, è quindi l'esito di una strategia di criminalizzazione alla quale contribuiscono i saperi e le prassi, la dimensione delle necessità e delle gerarchie sociali e il profilo applicativo degli operatori di giustizia, i valori religiosi e morali e gli obiettivi economici, il legislatore ed il giurista così come le élites culturali, i proprietari terrieri, i gruppi familiari e corporativi dominanti nei vari contesti urbani o rurali. Proprio perché, come Casagrande dimostra nel volume, ciò che si punisce nel vagabondaggio non è un'unica azione, un singolo evento o comportamento, ma uno *status* o condizione di vita, risulta ancora più utile il ricorso alla nozione di 'processo di criminalizzazione' come forma complessa di elaborazione giuridico-culturale, che tiene insieme le parole e le pratiche, le 'rappresentazioni sulla giustizia' e la cultura del giudice, i 'discorsi' (teologici, morali, legali) e gli 'apparati' (giudiziali e amministrativi) ⁽¹⁾.

La scelta di metodo sui fattori di costruzione della devianza deve però essere contestualizzata e storicizzata, ed è per questo che l'A. illustra peculiarità e caratteri distintivi della situazione rioplatense in età coloniale. Il problema del vagabondaggio è prima collocato entro le coordinate del dibattito storiografico tra l'immagine della campagna conflittuale o pacificata, dato che rileva per comprendere la reale mancanza di forza lavoro nei latifondi durante i periodi del raccolto e, quindi, l'utilità del lavoro forzato imposto ai *vagos*. Altro filo conduttore del libro è il rapporto tra la colonia e la madrepatria, tra i modelli culturali e giuridici della Spagna peninsulare e quelli delle Indie. La costruzione delittuosa del vagabondaggio nell'area bonaerense riflette

⁽¹⁾ Sul punto si rinvia alle riflessioni 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; sull'utilità metodologica della storicizzazione del *criminalisation process* per gli studi di storia della giustizia penale cfr. anche N. LACEY, *Historicising Criminalisation: Conceptual and Empirical Issues*, in «The Modern Law Review», 72 (2009), 6, pp. 936-960.

evidentemente le matrici culturali spagnole e la legislazione della Corona, ma non mancano tratti di originalità locale: tra questi, per esempio, l'opportunità di impedire che i colonizzatori spagnoli oziosi contaminino con il loro cattivo esempio le popolazioni indigene, le diverse esigenze lavorative, e, soprattutto, il conflitto tra autorità giurisdizionali espressione di poteri locali e periferici (*Alcaldes Ordinarios, Alcaldes de la Hermandad, Alcaldes de Barrio*) e magistrati rappresentanti del potere centrale regio (la *Real Audiencia* di Buenos Aires istituita nel 1785). Nelle diverse immagini dei giudici, negli scontri istituzionali, emerge un conflitto tra madrepatria e élites delle comunità locali, tra dinamiche centraliste e autonomiste, tra riferimenti a testi legislativi e rinvio a consuetudini o prassi, tra delegazioni di funzioni a organi periferici e meccanismi di controllo e sanzione del potere centrale. La punizione e il disciplinamento dei *vagos* nella Buenos Aires coloniale sono, dunque, il prodotto di una giustizia in azione, delle scelte di giudici e funzionari che possono essere interpretate solo alla luce della relazione di dipendenza/autonomia dalla legislazione, dalla cultura e dalla struttura giurisdizionale spagnole (2).

Per l'influenza che la cultura cinquecentesca ha continuato ad esercitare sulla definizione del concetto di vagabondo, sia nell'immaginario popolare sia nella giurisprudenza dell'area bonaerense, l'A. indica nella letteratura teologico-giuridica tardomedievale il primo momento fondativo della rappresentazione criminale del vagabondo. In questa fase, che si traduce poi sul piano normativo in una serie di provvedimenti cinquecenteschi incorporati nelle *Recopilación de Leyes de Indias* del 1680, la *vagancia* è considerata un vizio morale, uno stile di vita contrario al precetto cristiano del lavoro che rappresenta un inganno verso i veri poveri. Il vagabondo che sceglie una vita oziosa affidandosi all'assistenza altrui pur avendo la possibilità di lavorare toglie risorse a chi è davvero bisognoso e, con il suo cattivo esempio, contribuisce alla degenerazione morale della società. La *ratio* dei primi provvedimenti che sanzionano il vagabondaggio non è, dunque, di carattere economico, vincolata alla produzione o all'utilità sociale, ma morale e religiosa, con lo scopo di distinguere i veri poveri meritevoli di assistenza dai falsi mendicanti da punire. Nel corso del XVII secolo le preoccupazioni passano dal profilo teologico-morale a quello economico: una delle spiegazioni offerte per la decadenza del regno, e in particolare per la crisi morale e sociale delle Indie, è la mancanza di occupazione. Il lavoro assume, nei discorsi dei giuristi, un ruolo moralizzatore e risanatore, ed il *vago* nella legislazione asburgica è associato sempre più

(2) M. LORENTE SARIÑENA, *Del iudex pefectus hispánico al magistrado constitucional español. (Reflexiones sobre la dimensión constitucional de una historia de la justicia entendida como historia de los modelos de juez)*, in *Storia della giustizia e storia del diritto*, pp. 53-59.

all'immagine del criminale, la cui colpevolezza consiste nello stile di vita. Il XVIII secolo segna una terza tappa nella disciplina del fenomeno: l'avvento dei Borbone porta ad un accentuato processo di centralizzazione legislativa ed amministrativa anche nel territorio rioplatense, caratterizzato da una spinta della monarchia all'uniformità legislativa sia nella penisola spagnola che nei territori indiani, e da una più dettagliata produzione normativa anche in tema di vagabondaggio. Cambiano, però, anche il contenuto e la *ratio* dei provvedimenti, ora decisamente orientati all'utilità sociale ⁽³⁾. Gli oziosi devono diventare utili allo stato e non costituire un costo per il sistema penitenziario, per cui più della loro detenzione interessa che siano spinti al lavoro e resi produttivi. Utilità, produttività, sicurezza divengono le linee guida dei discorsi giuridici e politici sulla *vagancia* che si traducono poi in un minuzioso controllo dei comportamenti devianti regolato dai numerosi provvedimenti di polizia e dai Bandi di buon governo (illustrati nel capitolo IV). L'apertura nel 1783 a Buenos Aires dell'*Hospicio de pobres mendigos* testimonia il processo di secolarizzazione e razionalizzazione della povertà voluto dalle élites di governo, orientate, più che a punire, a controllare e rinchiudere i poveri in luoghi dove possano essere rieducati al lavoro.

Casagrande, tuttavia, avverte come nonostante queste tre scansioni temporali, nella mentalità degli attori incaricati dell'amministrazione della giustizia e dell'applicazione della legge, sopravvivono forti continuità tra passato e presente, tra le istituzioni morali del XVI secolo, quelle economiche del XVII e quelle utilitarie del XVIII (p. 132). I fili della trama descrittiva della *vagancia* si annodano, sommano discorsi morali e argomenti economici ed offrono un quadro sempre complesso della figura del vagabondo. Uno dei profili più rilevanti del libro è proprio l'analisi della rappresentazione del vagabondo nei diversi contesti. L'A. mostra come nella combinazione di discorsi e pratiche, nei conflitti istituzionali tra apparati di giustizia alta e bassa, la cultura giuridica produca un concetto di *vago* che non si limita mai alla sola assenza di lavoro. Dal Cinquecento all'Ottocento, dalla monarchia cattolica allo stato di polizia, i giuristi hanno lavorato per definire il delitto di vagabondaggio, costruendolo non in funzione dell'assenza di lavoro ma in relazione ad uno stile di vita, ad un modello estetico che, spiega l'A., si carica di elementi tipici in area bonaerense nei vari momenti storici. La definizione di *vagancia* resta necessariamente sempre vaga, indeterminata, flessibile, in modo che i giudici o i funzionari

⁽³⁾ Le differenze d'impostazione e di scopo tra legislazione asburgica e borbonica è comune ad altri spazi coloniali dell'America Latina, cfr. ad es. M.C. SCARDAVILLE, *(Hapsburg) Law and (Bourbon) Order: State Authority, Popular Unrest, and the Criminal Justice System in Bourbon Mexico City*, in *Reconstructing Criminality in Latin America*, a cura di Carlos A. Aguirre e Robert Buffington, Wilmington, SR Books, 2000, pp. 1-17.

di polizia possano far ricadere nella fattispecie i soggetti che in quella comunità locale e in quello specifico momento storico siano considerati indesiderabili, devianti, pericolosi, da punire esemplarmente o da rendere produttivi.

In questo senso, nell'opera tipicamente performativa del diritto penale, di costruzione di 'tipi' di criminale, a partire dal XVII secolo e poi ancora di più nel Settecento, il legislatore, i giudici e gli apparati della regione rioplatense introducono delle presunzioni di *vagancia*. Esse corrispondono al modello di devianza elaborato nei 'discorsi' e traducono in termini di legge la rappresentazione del vagabondo come persona dedita al gioco ed all'uso delle armi, rissoso, incline all'ubriachezza, dai comportamenti sessuali deviati, mal vestito, frequentatore assiduo di locande e luoghi di piacere, identificato secondo logiche estetico-spaziali. Le presunzioni, i comportamenti tipici e i metodi di controllo (come la *papeleta de conchabo y alistamiento* introdotta nel 1785) diventano gli strumenti giuridici che danno forma istituzionale a queste idee. Come riflesso delle riforme borboniche, miranti a rendere l'amministrazione più autonoma dalla giurisdizione, la *vagancia* sembra perdere nel corso del XVIII secolo il carattere, tipico della legislazione precedente, di delitto, di *status* criminale cui segue un processo giudiziale espressione massima di amministrazione della giustizia. La prevenzione di polizia nei confronti di soggetti ritenuti pericolosi diventa più importante della pena irrogata all'esito del giudizio. Tuttavia, se l'amministrazione borbonica si accontenta di prevenire e controllare, la giustizia alta, *letrada*, non rinuncia alla sua prerogativa-pretesa di giudicare.

Proprio a questi conflitti infra-istituzionali, sia tra giurisdizione e amministrazione, sia tra la cultura giuridica colta dei magistrati (*los letrados*) e quella laica dei funzionari di polizia, degli apparati amministrativi decentrati, degli *Alcaldes*, *corregidores* ecc. rappresentanti degli interessi locali (*las justicias legas*), Casagrande dedica l'ultima parte del libro. Nella Buenos Aires tardo-coloniale, infatti, l'amministrazione della giustizia è demandata sia a *letrados* che a *legos*, espressione di due modelli di diritto completamente diversi e spesso conflittuali. Mentre la cultura legale 'colta' risponde ai valori del diritto come disciplina, conoscenza, sapere speciale che si nutre della lettura di testi proiettando sulla realtà lo studio dogmatico, la cultura legale 'laica' si basa sugli equilibri di potere, i valori, le mentalità e gli interessi delle comunità locali. Più ci si allontana dai centri urbani più diventano influenti le consuetudini e l'equità rispetto al formalismo (4). Lo scontro tra *Real Audiencia* e *Alcaldes* è in questa prospettiva un dato essenziale per

(4) Sui conflitti giurisdizionali nell'amministrazione della giustizia penale in area bonaerense cfr. anche O. BARRENECHE, *Dentro de la Ley, todo: La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*, La Plata: Ediciones Al Margen, 2001, specie cap. 3.

comprendere storicamente il significato sociale e giuridico della *vagancia*. L'*Audiencia*, espressione della giustizia *letrada*, ordinaria, 'alta', composta di giuristi professionali formati nelle università e nelle giurisdizioni minori, fondata sulla legge del monarca e impegnata nella persecuzione del delitto di vagabondaggio attraverso il complesso meccanismo del processo con tutte le sue formalità di rito (dall'azione alla prova alla pena), è sorda ai reclami delle élites locali che chiedono maggiori poteri agli *Alcaldes*. Tale conflitto spiega il gran numero di procedimenti avviati che non giungono a sentenza: essi rappresentano le strategie messe in campo dai *legos* per ottenere comunque una forma sufficiente di giustizia comunitaria senza dover incorrere nelle sanzioni disciplinari imposte dall'*Audiencia*. L'arresto e la detenzione temporanea decisa dalle autorità di polizia locale nei confronti di soggetti pericolosi, oziosi o vagabondi ritenuti meritevoli di un provvedimento preventivo, pur se destinati a terminare per l'impossibilità di avviare la macchina della giustizia in assenza di comportamenti che configurino il reato di *vagancia*, consentono, almeno in parte e simbolicamente, di soddisfare le istanze securitarie delle comunità.

In età borbonica la figura del vagabondo è, dunque, al centro di una disputa tra giustizia e amministrazione. La giustizia dei *letrados* valuta i fatti e i comportamenti pregressi, non la pericolosità futura; considera la *vagancia* come delitto aggravato, non come lieve trasgressione, stabilendo requisiti particolari anche per la detenzione, selezione e sanzione dei vagabondi. Mentre per la cultura 'colta' il valore morale si condensa nell'idea di delitto commesso, e l'obiettivo è la corretta amministrazione della giustizia, per la cultura laica, basata sui Bandi di buon governo, le prevalenti necessità dell'ordine e della sicurezza consentono di scavalcare il formalismo e le difese della *giustizia ordinaria* per sostituirvi una *giustizia domestica* più violenta, indiscriminata, meno garantistica, espressione diretta delle gerarchie di potere e delle istanze di esclusione delle comunità rurali.

MICHELE PIFFERI

Les clercs et les princes. Doctrines et pratiques de l'autorité ecclésiastique à l'époque moderne (a cura di Patrick Arabeyre e Brigitte Basdevant-Gaudemet), Paris, Études et rencontres de l'École des chartes, 2013, pp. 1-506.

Il volume accoglie il dialogo interdisciplinare tra storici del diritto, canonisti e teologi, in maggioranza francesi, attorno al tema del pluralismo giuridico e dei conflitti d'autorità tra Stato e Chiesa nell'età moderna (XV-XX secc.). A tale predominanza culturale si deve proba-

bilmente sia la prospettiva gallicana con cui sono valutati per lo più i decreti tredentini, sia lo scarso rinvio alla pur ricca ed autorevole bibliografia italiana e tedesca che illustra il periodo. Elefantiasi burocratica, moltiplicazione di uffici e diversificazione di fonti giuridiche si compenetra in una gerarchia ecclesiastica ambigua e conflittuale che tende a frenare gli slanci al rinnovamento riformatore dell'ecclesiologia romana.

I contributi si sviluppano su due angoli di indagine (i rapporti di potere e la loro contestualizzazione ideologica) e si estendono ben oltre la riduttiva contrapposizione Stato-Chiesa, per insinuarsi nei meandri istituzionali della Chiesa visibile e dei suoi mille rivoli di funzionari, ministerialità, uffici, funzioni, sia romanocentrici che della periferia cattolica. Brigitte Basdevant-Gaudemet e Alain Tallon in *Introduzione* sottolineano, con Bossuet (p. 8), la complessità della prospettiva: pluralismo giuridico e conflitti d'autorità non illustrano due giurisdizioni, bensì due autorità che si originano, si legittimano e si sublimano attraverso una stessa fonte che l'ordine costituito dell'*Ancien Régime* intende conservare per tempi indefiniti. Nella Chiesa, che è « monde du privilège, règne de la dispense » (p. 9), tuttavia, il turbinio delle fonti e l'antagonismo delle autorità, valso a raggiungere il punto d'equilibrio per la conservazione dei privilegi, sembrerebbe fallire palesemente in tema ecclesiologico: ne darebbe prova l'incapacità tridentina alla definizione della natura potestativa episcopale.

Un primo gruppo di contributi si sofferma sull'analisi romano-centrica del potere, avente sullo sfondo il conflitto tra centri burocratici di interesse, nel mutare dei soggetti che ne detengono la titolarità e ne governano gli effetti. Ecco allora delinearsi il conflitto tra cardinali legati e vescovi diocesani (Jankowiak), tra Romano Pontefice e Sant'Ufficio avverso i vescovi (Bonora); tra Sant'Ufficio e *Propaganda Fide* avverso il clero missionario (Pizzorusso); tra Congregazione del Concilio e azione sinodale locale (Fantappiè). Ben lungi dall'esaurirsi in uno sterile esercizio di forza, il conflitto tra poteri ecclesiali tende all'edificazione di nuovi assetti normativi regolamentari, per sottoporre a regole certe una Chiesa organizzata e amministrativa: una Chiesa obbligata al confronto serrato con la questione della coesistenza intraecclesiale e che deve orientare le sue scelte alla promozione del pluralismo giuridico.

François Jankowiak (*Le "buon governo" et les conflits des hiérarchies administrative et religieuse dans l'État pontifical*, pp. 17-30) segnala le tensioni tra gerarchia ecclesiastico-burocratica (il centralismo dei cardinali legati) e gerarchia religiosa (la periferia episcopale), ricondotta da Innocenzo III nel solco del rinnovamento sistino. La riforma di Sisto V (« *Immensa aeterni Dei* », 1588) segna infatti nelle strutture gerarchico amministrative della Chiesa una transizione favorente un sistema stabile di uffici-Congregazioni che recupera una « éthique de service de l'Église renvoyant à la conception ministérielle du pouvoir » (p. 21), a discapito delle potestà cardinalizie. Ma la logica della duplice monar-

chia ponteficia temporale e spirituale, unione di una « symbiose entre le pouvoir et le *dominium* » (p. 18), produrrà ancora notevoli frizioni, specie nel contatto a livello localistico tra cardinali legati e vescovi. Il tentativo di armonizzare le due dimensioni nella formula del Papa vicario di Cristo e, giuridicamente, in un modello di monarchia costituzionale, evolverà nei quadri gerarchici (cardinal nipote; Segretario di Stato; tipologia emergente di un prelado giurista « burocrate pontificale ») e nel consolidamento organico (Camera apostolica; Congregazione per la Consulta; Congregazione *de Bono Regimine*). Insomma, il papato si concentra nella « notion de bon gouvernement...comme reddition de la bonne justice » (p. 23), per risolvere i contrasti interni alla gerarchia ecclesiastica, laddove al sistema del « patronage des sujets », fonte per i cardinali legati di clientelismi e favori, si oppone frontalmente il sistema diocesano episcopale. Il conflitto, insabbiato dalla Curia, tra il vescovo Gabriele Paleotti e il cardinale legato Giovan Battista Doria, è esemplare. L'A. conclude che il modello virtuoso del « buon governo » di Stato Pontificio garantito dal Papa, che anticipa moderne secolarizzazioni, in opposizione ai « vizi » del secolarismo statale, ha nella debolezza dell'episcopato un punto critico.

L'Inquisizione, nei primi trent'anni di vita, si afferma e condiziona la Chiesa post-tridentina.

L'emersione di conflitti è spaziale, con la progressiva estensione dei poteri del Sant'Ufficio verso la periferia della cristianità e sulla vita sociale (p. 33), in ciò favorita dall'inosservanza episcopale dell'obbligo tridentino alla residenzialità. È anche materiale: la rivalità tra poteri, che è un conflitto tra fonti (bolla *In Coena Domini* e decretazione tridentina), insiste sulla definizione delle competenze — da Trento affidata ai vescovi — a giudicare sulle eresie. Elena Bonora (*Conflitti d'autorità tra vescovi, papato e Sant'Ufficio*, pp. 31-46) esamina, così, le decisioni, delicatissime quando il sospetto fosse un vescovo o cardinale, assunte dai pontefici del periodo: dalle chiusure rigoriste di Paolo III, Giulio III e Paolo IV, alla svolta tollerante di Pio IV che, in rottura coi predecessori, attua un riequilibrio dei poteri gerarchici, con il recupero di giurisdizione dei vescovi ed il ridimensionamento dell'Inquisizione. L'A. si sofferma sulla « soluzione moderata » introdotta coi decreti del 1562 di Pio IV e sull'adeguamento del Concilio di Trento a tale linea che, tuttavia, verrà subito archiviata dal Ghislieri. Papa Pio V, infatti, riporterà il sistema alle origini, con una riforma capziosa dei contenuti, che lascia intatte le forme giuridiche esterne. La bolla *Inter multiplices curas* « è inquietante per la visione degli equilibri di potere entro la Chiesa » (p. 42): la gravità dei suoi effetti — l'annientamento del dissenso religioso — è superata solo dalla bolla di Paolo IV *Cum ex apostolatus officio* (1559). La sua ambiguità la propone come strumento dottrinale della trattatistica teologica in funzione anticonciliarista e antiprotestante, ma anche arma di controllo politico nelle mani dell'In-

quisizione: i *dossiers* inquisitoriali, infatti, potranno condizionare non solo vescovi e cardinali, ma lo stesso Pontefice regnante o eleggibile.

Giovanni Pizzorusso (*La congrégation de Propagande: une instance centrale pour l'élaboration d'un statut juridique du clergé missionnaire*, pp. 47-60) dimostra con un'interessante esposizione che « le droit missionnaire formé progressivement par l'adoption des facultés et par l'activité constante de vérification de l'application de celle-ci à travers l'examen des doutes » fu non solo un esercizio di potere burocratico, ma « un formidable agent de connaissance du monde » (p. 59): un vero paradigma utile alla Chiesa tridentina per rimodellare i propri spazi giuridici e di apostolato con culture « altre ». *Propaganda Fide* (1622) è il « tournant historique à l'intérieur d'un processus de longue durée » prolungatosi sino al 1917 (p. 48). Ma in ciò, osserva l'A., « les missions furent le terrain de l'exception, plutôt que de la règle » (p. 49), in un quadro culturale che imponeva il pluralismo giuridico. Fondamentale, il ruolo del segretario di P.F., Francesco Ingoli, artefice di un sistema di deleghe di facoltà apostoliche agli ordini missionari che non si traducesse in abusi e che non urtasse con le competenze dell'Inquisizione. Le resistenze al varo di un sistema equilibrato origineranno di fatto due tipi di ordini missionari: i subordinati e gli autonomi da Roma. Dall'esame delle articolazioni del sistema si trae che tali *Regulae* proponessero parametri adattabili (p. 53): una « conception modulaire » fondata su un criterio di coppia persona-territorio declinato sulla distinzione di ruoli e situazioni dettate dalle circostanze concrete (p. 54).

L'A. infine sottolinea due aspetti del sistema di facoltà dell'Ingoli: 1. La responsabilità apostolica della sorveglianza del Vescovo; 2. la necessità di verificare il sistema, con la proposizione di questioni pratiche (*dubia*) spedite dai missionari a Roma. Qui si esalta il ruolo di P.F., ben lungi da mero « passe-carte », dovendo essa offrire risposte adeguate ai missionari, veri « médiateurs » tra la dottrina tridentina e il cattolicesimo applicato. La stessa giurisprudenza del S. Ufficio ne beneficia per l'« activité décisionnelle des responsables romains » (p. 59).

La giurisprudenza della Congregazione del Concilio ha riserva di interpretazione dei decreti tridentini (nello specifico, le Sessioni 24^a-25^a). Il lavoro « immense et essentiel » di quattro secoli in tema di pastorale comporta una revisione di tipo interpretativo, complicata dall'azione sinodale locale e dalle dinamiche di « *recognitio* » di Roma. Carlo Fantappiè (*L'évolution du statut canonique du clergé paroissial tridentin d'après la congrégation du Concile*, pp. 61-76) analizza lo statuto personale del basso clero e il regolamento della missione pastorale, sottolineando l'incidenza sull'azione della C. del C. di non agevoli dinamiche di professionalizzazione del clero con cura d'anime (p. 63). Ne è sintomo il contrasto interpretativo che denuncia « l'influence persistante d'une conception patrimoniale de la vocation sacerdotale » (p. 65). Segue la puntigliosa ricostruzione delle procedure concorsuali per la scelta dei curati titolari delle parrocchie laddove la C.

del C. si sforza di temperare « prudence, bonnes mœurs et intégrité » e illustra una « conception théologique du ministère clérical » in antagonismo con le logiche beneficiarie (pp. 66-69). Ne sortisce un sistema di controversie diffuse, sia per la scelta dello *status* di inamovibilità o amovibilità dei curati (quest'ultimo preferito perché vincolante il basso clero all'obbedienza); sia per la disciplina dei vicari parrocchiali e per la pretesa autonomia dei curati dal proprio vescovo; sia nel rapporto conflittuale tra curati e propri vicari-coadiutori. In conclusione l'A. rileva il ritardo della giurisprudenza romana nell'attuazione tridentina. La C. del C., nel tentare una mediazione tra « *salus animarum* » e interessi patrimoniali tipici dell'*Ancien Régime*, svolge però una « interprétation non seulement déclarative mais parfois extensive et correctrice » così da preordinare un « véritable droit administratif de l'Église » (p. 75): uno sforzo di sintesi che evidenzia la flessibilità del diritto canonico e la sua *aequitas*, strumento essenziale per « aplanir les différends » e riformare il sistema.

Un altro gruppo di Autori sposta l'indagine del binomio pluralismo giuridico-conflitti d'autorità incidendo nella lettura delle dinamiche della Chiesa e procedendo dal suo interno, verso i suoi rapporti esterni con lo Stato. L'appianamento dei conflitti trova, in questo contesto, modalità di compromesso diverse da quelle precedentemente analizzate. Il rapporto di contrasto Stato-Chiesa dei secoli XV-XVIII insiste su procedure giuridiche lineari ma anche su formule capziose, ambigue e insidiose di predominio dell'una potestà sull'altra. La statalizzazione del clero assume, così, multiformi modalità di pratica affermazione: si tratta di un vasto e surrettizio fenomeno di assorbimento nei quadri della burocrazia statale del clero francese (Poncet) che, per la Spagna, si estende, attraverso la pratica delle candidature, anche all'episcopato (Fernández Terricabras). Detto assorbimento si svolge anche con l'inserimento dello Stato nella vita della Chiesa attraverso la potestà di giurisdizione del vescovo diocesano (Basdevant-Gaudemet). La maggiore complessità e frammentazione della Chiesa francese riguarda, insomma, anche la dimensione diocesana. Ben diverse dalle diocesi « ordinarie », quelle « di frontiera » esprimono una misura forte degli antagonismi locali (Meyer): contrasti che si replicano, amplificandone le ambiguità, nei rapporti tra vescovo e curato (Gazzaniga).

Apri questo versante d'indagine Olivier Poncet (*Inscrire les clercs dans l'État. La monarchie française, les ecclésiastiques et le gouvernement par l'écrit (XVI^e-XVIII^e siècle)*, pp. 79-103), che esamina il fenomeno di assorbimento nelle procedure dei tribunali regi francesi dei registri parrocchiali e di ingresso del clero negli ordini religiosi, nel XVI-XVIII sec., sostenendo che « les clercs ont été les relais précoces, efficaces et relativement disciplinés de construction de l'État » e che nell'età moderna ciò si è tradotto in una « participation effective et parfois dominante au gouvernement monarchique » (p. 79). Tale progressiva « nationalisation » degli ordini religiosi nasce dalla consapevolezza nella

monarchia del valore strategico del « domaine de l'écrit » e dell'opportunità di trasformare il clero in un « véritable agent étatique » attraverso la gestione regia dei requisiti dei regolari. Questi effetti « qui exploitait à merveille leurs ressources informationnelles dans les domaines très divers » (p. 83) diverranno « un des instruments de la politique monarchique en matière de construction et de préservation de l'ordre des familles » (p. 87). Prendendo le mosse dalle ordonnance di Villers-Cotterêts (1559) e di Blois (1579) sino a quelle, centrali nel contributo, del 1667 e 1736 (sulla tenuta dei registri dei regolari), l'A. constata « l'effet pervers de cette étatisation complète des registres paroissiaux (et) leur assimilation à des actes administratifs » (p. 85). Non mancheranno segni di insofferenza del clero per l'invadente gestione regia, falsamente neutra, che di quei registri fa un palese uso giudiziario, sino ad intromettersi a « juger de la validité des vœux » (p. 90).

In conclusione, la legislazione regia del 1667 e 1736 descrive una monarchia attenta ad « éclairer les anges morts de l'état des sujets du roi » (p. 93), con effetti contrastanti ma, in ultima analisi, uniformanti la società francese nel quadro di una « acculturation politique et ecclésiologique » (p. 94).

Tra le prerogative regie, le facoltà derivate dal « Patronato Reale » per « créer un épiscopat adapté aux besoins de la monarchie » (p. 106) esprimono l'apice durante il regno di Filippo II. Ignasi Fernández Terricabras (*“Des créatures de votre majesté”: choix et contrôle des évêques par Philippe II dans les couronnes de Castille et d'Aragon (1556-1598)*, pp. 105-118) tratteggia con una paziente ricostruzione statistico-analitica fisionomie e carriere di 194 vescovi designati per le 55 diocesi di Castiglia-Aragona, così da delinearne la tipologia « souhaité par la Couronne ».

I requisiti regi di accesso all'episcopato — sintomatica, l'irrelevanza del difetto dell'esperienza pastorale nel candidato — indicano il tratto di fondo di un sistema di candidature affatto impermeabile al malcostume e tanto incardinato, da divenire il « trait structurel du patronage royal » (p. 109). Nell'indistinzione sostanziale tra ruoli e funzioni, il vescovo appare « comme un gouvernant », utile al sovrano per il discarico di responsabilità delle questioni di coscienza. L'A. descrive le brillanti carriere dei vescovi-giuristi (Diego de Covarrubias; Diego de Simancas; Gaspar de Quiroga), anche se, avverte, l'accesso all'episcopato non ne è di per sé, un viatico sicuro.

Interessante la notazione su cui Filippo II fonda la « grande cohésion interne de l'épiscopat »: la capacità intellettuale si traduce in « cohésion idéologique » (p. 112): ne sarà riprova il favore del re filippino per l'emergente ceto professionale dei « letrados » (pp. 114 ss.). Il sistema di assimilazione sopravanza le medievali origini nobiliari anche se, poi, alimenterà il carrierismo a discapito del merito (p. 113). La trasformazione dell'episcopato in un funzionariato statale, un distorto « service au roi autant que comme un sacerdote » (p. 116),

risponde al disegno regio del controllo politico dei sudditi ma, avverte l'A., la logica filippina non è di temporalismo assoluto: Filippo II resta uno zelante osservatore del precetto tridentino e predilige vescovi dalla duplice fedeltà: al re e a Dio. In tale chiave vanno letti i conflitti giurisdizionali interpotestatici lungo il XVI secolo.

Brigitte Basdevant-Gaudemet (*La nature canonique des charges exercées par l'évêque et ses auxiliaires, du droit classique au Code de 1917*, pp. 119-135) offre un'attenta prospettiva delle dinamiche potestative dei collaboratori del vescovo nel quadro del sistema di governo della diocesi. L'esame sulla definizione e natura delle prerogative degli ausiliari episcopali insiste su potere d'ordine e giurisdizione e potere ordinario e delegato (p. 121) sui quali la dottrina canonica ha mostrato, sin dal consolidamento nel *Corpus iuris canonici* (1582), riserve definitive, se non incertezze dogmatiche, probabilmente dettate dall'opportunità di assicurare spazi non regolamentati per favorire la flessibilità del governo della Chiesa particolare. L'A. affronta con chiarezza e sintesi un argomento complesso sia per la definizione delle funzioni, che per la precisazione del contenuto delle potestà. In più occasioni, infatti, si ribadisce che ordine e giurisdizione, tanto nella dimensione astratta del potere, quanto nelle sue interrelazioni gerarchiche, le « deux classifications sont distinctes, mais s'articulent » (p. 122).

L'A. esamina prima il carattere episcopale del potere d'ordine, in quanto prerogativa scaturente dalla consacrazione, da cui sortiscono competenze « riservate » al vescovo, in rapporto alle quali, le figure del vescovo coadiutore ed ausiliare configurano eccezioni, analogamente alla specialità della delega del vicario generale (p. 126), per degradare nelle minori figure di contorno (dal prete con cura d'anime al cancelliere). Quanto al potere di giurisdizione del vescovo e degli ausiliari, l'A. si sofferma sul carattere ordinario, e le distorsioni del principio di libera designazione dell'incaricato, a causa delle contaminazioni prodotte dal beneficio legato all'ufficio (p. 131). Il concilio Vaticano II, introducendo il principio unitario della *Sacra potestas*, ha sciolto tali differenze concettuali anche se, osserva l'A., non sono riducibili ad una « pure argutie théorique des juristes », incidendo viceversa concretamente sulla libera discrezione del vescovo nell'esercizio del potere di governo.

Il contributo di Frédéric Meyer (*Grands vicaires et officiaux des diocèses de frontière (XVII^e-XVIII^e siècles)*, pp. 137-152) traccia una linea di demarcazione tra diocesi « classiche » e di « frontiera », ossia quelle alla periferia del regno di Francia (Savoia, Pirenei, Alsazia e Lorena), per quanto attiene le dinamiche di funzionamento interno (tra vescovo e suoi collaboratori principali, ossia « grands vicaires » ed « officiaux ») ed esterno (tra vescovo, curia diocesana ed autorità civili).

L'analisi dei singoli rapporti di forza intessuti nelle diocesi di frontiera viene documentata da una casistica assai puntuale che dimostra con chiarezza quanto il fattore politico e teologico si caricino qui di forti tensioni. Ne sia prova l'intervento giurisdizionalista del sovrano

(e del parlamento, in caso di ulteriori resistenze) che impone al vescovo straniero titolare di una diocesi nazionale il decentramento delle potestà amministrative della diocesi, da delegare ai propri ufficiali e vicari foranei. Oltre all'elemento politico, anche quello religioso (ad es. le comunità luterane e calviniste renane o i matrimoni misti e l'educazione scolastica) contribuisce ad alimentare tensioni nella gestione delle diocesi di frontiera, sollecitando la curia ad un *surplus* di pragmatismo tollerante. L'A. ne deduce le maggiori capacità professionali e di formazione intellettuale delle curie di frontiera (p. 147). Se ne evince anche la speciale attenzione politica del sovrano per questo speciale ceto di governo diocesano il quale, alla fine, « n'hésite pas à tenir tête à l'évêque », scoprendone così il grave « vide du pouvoir » (p. 149). Osserva però l'A. che si tratta pur sempre di un complesso antagonismo di ruoli e figure in cui la subordinazione del vescovo non mette mai in ombra il principale scopo: « défendre une vision particulière du diocèse (...) entre plusieurs espaces » (p. 152).

Jean-Louis Gazzaniga (*Les curés entre collateurs, évêques, patrons et vicaires. Le point de vue des juristes français (XVII^e-XVIII^e siècles)*, pp. 153-172) esamina i rapporti dei curati, centro di un « jeu compliqué de pouvoirs et de relations », nel sistema gerarchico ecclesiastico dell'*Ancien Régime* solo apparentemente unitario. Ciò, attraverso la prospettiva dei giuristi pratici, gallicani e richeristi, fedeli alla *Pragmatica Sanctio* di Bourges e ad un tridentino filtrato dalle *ordonnances* e dal diritto parlamentare, che nobilita le funzioni del curato e censura vescovi e benefici. L'A. si occupa delle procedure di nomina dei curati e delle due modalità d'accesso (l'esame del vescovo o il concorso, questo preferendo perché di contenimento alle mire beneficiari), sulla base di attitudine e formazione intellettuale: « âge, mœurs et science » (p. 156). Le contestazioni sulle candidature sono frequentissime: variano dal diritto di nomina ai titoli specifici delle cd. « curate primitive » (pp. 160-161), sino ai meccanismi di « *résignation* » specie quando connessi alle « riserve di pensione » con cui il clero difende privilegi, anche in palese conflitto con l'autorità — gravemente vacillante — del vescovo. L'A. descrive poi i rapporti dell'eletto con i suoi diretti referenti: da un lato, il vescovo, munito in virtù del rapporto gerarchico, di sanzioni procedenti dal diritto di visita; dall'altro, l'ambiguo nesso di benevolenza e subordinazione del curato a decani rurali e arcidiaconi. Infine, i rapporti di collaborazione, ma più spesso di concorrenza per l'amministrazione dei sacramenti ed il culto, tra curato e coadiutori. Tra gli ulteriori segni di conflitto, v'è quello con i vicari rurali o « succursali », nei quali c'è « l'ambition de devenir curé et de faire ériger la succursale en paroisse » (p. 169) e con i regolari per l'amministrazione dei sacramenti, predicazione e catechesi. Un quadro che attira le critiche dei giuristi gallicani verso un clero soggetto ad « avidité et vanité » e causa prima « de la plupart des conflits » (p. 162 e 172).

La prima parte del volume si chiude con gli approfondimenti sulla centralità delle procedure giuridiche, quale strumento principe su cui impiantare e svolgere le relazioni tra monarchia francese ed Chiesa nazionale. Emerge dai contributi degli Autori l'emblematica centralità dello strumento processuale dell'*appel comme d'abus*, riletto sotto diverse luci. A questo ricorre la potestà regia per circoscrivere l'autonomia canonica del foro episcopale (Rousselet-Pimont); o per ridurre, per logoramo, le competenze degli « *officiers* » episcopali (Descamps). Ma la flessibilità del mezzo giuridico ne permette l'impiego, per tutelarsi da troppo disinvolute riforme statutarie, anche da parte dei domenicani (Maillard) e si estende ancora, ad indicare i sussulti autodifensivi degli ordini monastici, con identico ricorso dei cistercensi (Marceau).

Il problema della soggezione del giudice ecclesiastico al diritto regio è inquadrato in una « apparente ambigüité », dovuta all'azione di due « principes a priori contradictoires »: l'autonomia del vescovo dalla legge secolare e la procedura « *d'appel comme d'abus* » (p. 175).

Quanto all'autonomia del giudice ecclesiastico dalla legge del sovrano, Anne Rousselet-Pimont (*Le juge d'Église et la loi royale, entre autonomie et soumission*, pp. 175-193) rinvia alle posizioni espresse dalle fonti canoniche (*Distincio 10, Decretum* di Graziano; *Decretale Ecclesia Sanctae Mariae* di Innocenzo III), ma anche alle tesi del Lancellotti e del Fagnani, di quest'ultimo esponendo la tesi dell'*imperium merum* del vescovo sul diritto civile (p. 180). Nel XVI sec. l'analisi giuridica soffre di ampie contraddizioni, sia nella dottrina: si pensi a Pierre Rebuffi che ammette come « *firma regula* » la soggezione del giudice ecclesiastico alle leggi civili, ma che aderisce poi alle posizioni dei canonisti ultramontani, individuando eccezioni al principio (l'*approbatio* ecclesiastica previa; l'attrazione *ratione territorii*; il principio di ragionevolezza e non contraddizione con i canoni), sia nel diritto parlamentare (es. editto Romorantin del 1560, sull'eresia) sia regio (es. l'*ordonnance* di Francesco I del 1516). Ben più netti nel difendere il primato della legge regia sono, invece, i giuristi gallicani, sostenendo che le leggi antiche di Francia sono « *vray tesson de vérité* » e la « *double qualité du Roy de France (...) protecteur de l'Église et de premier magistrat politique* » (p. 185). Giuristi gallicani e canonisti sono concordi nel considerare le procedure giudiziarie il terreno decisivo su cui dirimere i contrasti del primato tra i due fori. Ma se è certo l'oggetto, resta assolutamente incerta — sia nelle norme reali, che negli *arrêtistes* del sec. XVI (Imbert, Papon, Pasquier) — la legge processuale applicabile al foro canonico. Pur utilizzando le stesse argomentazioni dei predecessori, i giuristi regalisti del XVII sec. saranno più decisi nel ridurre il giudice ecclesiastico ad un « *officier du roy* » (p. 191).

Il fiorire della giurisdizione ecclesiastica è sostenuto da due fattori: la feudalità ed il rinascimento giuridico gregoriano del XII secolo. Il sistema, del quale il vescovo diocesano è al centro, affiancato da collaboratori — arcidiacono e arciprete — si stabilizza nelle « *offi-*

cialités », veri « corpi privilegiati », che divengono giurisdizioni stabili, delegate dal vescovo. Ne consegue il problema di delimitarne le competenze giurisdizionali che, estese alle *miserabiles personae* (laici), tendono a fagocitare anche le competenze materiali (sia d'ambito spirituale che criminale). Il Sovrano frenerà la progressione delle « *officialités* », con vari strumenti tra cui l'*appel comme d'abus*. Olivier Descamps (*Le déclin des officialités à l'époque moderne*, pp. 195-211) esamina più da vicino il duplice declino, sancito da varie *ordonnances* (1539, 1606 e 1695), delle « *officialités* », sia sulle competenze *ratione personae* che *ratione materiae*.

Quanto alle prime, la giurisdizione regia attua il contenimento delle « *officialités* » introducendo in materia civile nuovi istituti e, in ambito criminale, infrangendo il dogma medievale dell'intangibilità dello *status* clericale, ora degradabile alla condizione laicale e così riducendo sensibilmente il recinto dei « *cas (et) délits privilégiés* » (pp. 204-205), ma ammettendo anche ipotesi di giurisdizione congiunta. Quanto al secondo, l'ingresso del giudice laico con l'*appel comme d'abus* è ulteriormente invasivo, incidendo sui sacramenti (matrimonio, penitenza) e su istituti con obbligo morale (giuramento, testamento). In ambito criminale il giudice regio introduce la « *théorie des cas royaux* », schema aperto con cui erode alle « *officialités* » la competenza nei casi più delicati (l'eresia).

L'A. conclude che il costante declino della competenza delle « *officialités* » si completa in età moderna con la loro riduzione in « *auxiliaires de l'administration royale* » (p. 211).

Ninon Maillard (*Les procédures d'appel comme d'abus des dominicains à l'époque moderne*, pp. 213-225). L'*appel comme d'abus* non è solo il mezzo tradizionale di garanzia giuridica del re contro la giurisdizione ecclesiastica ma, osserva l'A., anche lo strumento che assicura in Francia il pluralismo delle fonti. All'interno dell'ordine dei domenicani i religiosi utilizzano tale ricorso contro i disegni riformisti dei loro superiori, adducendone il contrasto con gli antichi principi a protezione delle libertà della Chiesa gallicana e dando così luogo ad un « *conflit interne à l'ordre qui est arbitré par le juge séculier* » (p. 215). Teologi e giuristi discutono però sull'effettivo fondamento dei privilegi domenicani come diritto particolare da difendere. Per Quentin Épron si tratta di « *faire valoir un droit inaltérable issu de la tradition française* » (p. 217), ma la presunta intangibilità di tali diritti dei domenicani, e il relativo strumento processuale di tutela, non è un dogma inattaccabile, giacché « *les normes d'observance ne peuvent pas faire l'objet d'un appel comme d'abus* » (p. 218). L'A., quindi espone una serie di casi a riprova del non automatismo del buon esito del ricorso, giacché il fine ultimo deve corrispondere al « *projet royal* » (p. 220).

I giuristi gallicani (Van Espen, Févret) ammettono, poi, l'uso del ricorso al giudice secolare da parte dei religiosi, pur astretti dal voto d'obbedienza. Qui l'A. osserva: 1. l'evidente ruolo arbitrale assunto dal

giudice laico e 2. la valenza deterrente dell'*appel comme d'abus*, quale mezzo che accoglie i potenziali motivi di nullità insiti nei progetti riformisti dell'ordine (si pensi al carattere di estraneità del superiore riformatore, quale fattore gravemente perturbatore degli antichi privilegi gallicani). Ma proprio questo elemento del ricorso, avverte l'A., trasforma l'oggetto stesso del giudizio che, dalla legittimità dei requisiti del superiore, si trasferisce a quello della legalità. Il caso di Julien Coutard, religioso epiletico tutelato dalla giustizia regia avverso l'ingiustizia ecclesiastica comprova tuttavia che questo ricorso supera anche le sterili diatribe sul primato tra fori e diritti, ispirandosi ad un supremo criterio di equità e di umana giustizia.

L'interessante studio di Bertrand Marceau (*Entre droit cistercien, droit canonique et droit de l'État: la juridiction de l'abbé de Cîteaux au XVII^e siècle*, pp. 227-239) focalizza l'autorità imperativa di « père immédiat » esercitata dall'abate di Cîteaux sui propri monaci. Ma la natura di tale giurisdizione, intatta dal 1265, pone vari problemi — in quanto effetto di una delega del Capitolo generale — ed altrettanti fronti di contestazione. L'abate tenta così, tra XVI e XVII secolo, di riorganizzare a suo vantaggio le strutture di governo dell'ordine, adeguandosi alle grandi mutazioni intervenute e collegabili alla nascita di grandi congregazioni nazionali antagoniste.

L'A. afferma che la giurisdizione cistercense diviene oggetto di una riforma duplice: « voulue ou subie » (p. 230) dai superiori dell'ordine. È « voluta », quanto alla riorganizzazione delle province e dei vicari provinciali; è « subita » — fenomeno più complesso — giacché mette in discussione le potestà abbaziali e le autonomie giurisdizionali di Cîteaux, sia per opera dell'episcopato, sia per la più « rude (et) brutale » azione dei cardinali de La Rochefoucauld e, poi, Richelieu. Contro tali plurimi attacchi la resistenza dell'ordine cistercense si affida ad una serie di fattori: 1. il « compromis habile » dell'abate di Cîteaux; 2. la solidarietà aggregativa transnazionale delle abbazie-figlie cistercensi di tutta Europa, messa alla prova dall'esercizio del diritto di visita dell'abate di Cîteaux e della sua intatta giurisdizione (p. 236); 3. il duplice appoggio offerto a Cîteaux sia da Roma — sebbene non in modo uniforme — che dal re di Francia. Conclude l'A. sottolineando come il successo di Cîteaux nella difesa antiscismatica dell'ordine e della sua speciale giurisdizione, attinga ad una « conscience commune d'appartenir à l'ordre bernardin, capable de défendre les privilèges d'exemption » ma anche alla sua intrinseca natura di giurisdizione « mouvante [...] active et parfois créatrice » (p. 239).

La seconda parte del volume si concentra sul versante ecclesio-logico, riguardato attraverso il prisma del nesso teologia-diritto canonico: un piano mobile in continuo riadattamento che rende impossibile assegnare in via definitiva il primato dottrinale ai canonisti o ai teologi.

Un primo gruppo di scritti lega la questione di tale primazia al tema dell'ecclesiologia negli *interna corporis* della Chiesa.

L'ecclesiologia francese è teatro di confronto che vede dominare i teologi sui canonisti (Arabeyre), con eccezioni isolate che riposano sul genio giuridico di singoli personaggi, come Filippo Decio (Schmitz). La riforma tridentina non è l'esponezionale evento innovativo della Chiesa cinquecentesca, ma un tornante critico verso cui l'ecclesiologia gallicana oppone riserve, condizioni e aperture residuali. L'ecclesiologia conciliarista della monarchia francese si tinge di ragioni politiche, suggellando prassi distintive con l'intransigenza di Lutero (Tallon). Questo smarcarsi da posizioni ortodosse si declina in vario modo: la dialettica tra tesi gallicane e filoromane, in seno all'ecclesiologia francese, transita per l'accettazione di Trento e si riflette nel confronto tra legati pontifici e Parlamento parigino (Barbiche — de Dainville-Barbiche). La solare ecclesiologia ritagliata attorno alla figura di Benedetto XIV (Descamps) appare una felice parentesi della Chiesa romana, aperta alla modernizzazione e al dialogo con il secolarismo: ma quel pontificato, episodico ed isolato, sarebbe incapace di infondere nuove energie alla dogmatica tridentina, ed imprimerle la necessaria propulsione — questo, almeno, è il quadro storico ricostruttivo, e per molti versi riduttivo, che ci riconsegnano gli Autori che se ne occupano — verso i problemi emergenti dal confronto della Chiesa con l'espansione geografica nel Nuovo Mondo (de Castelnau-l'Estoile). Le segnalate presunte irrisolutezze involverebbero al puro silenzio di fronte al tema della sacramentalità del vescovo sebbene, tuttavia, la polemica dottrinale tra papisti e conciliaristi non precluderebbe soluzioni costruttive (Villemin).

Patrick Arabeyre (*Le spectre du conciliarisme chez les canonistes français du XV^e et du début du XVI^e siècle*, pp. 253-269) propone un affresco del conciliarismo francese tra Basilea e Pisa-Milano, attraverso la dottrina dei canonisti pre-moderni (tra 1440 e 1525). Egli afferma che il conciliarismo è la principale via delle correnti di pensiero nazionale, prima tra tutte il gallicanismo, ma è anche una mescolanza di idee e ideologie: una « réalité doctrinale (non) clairement définie » (p. 255). Alla questione se l'ecclesiologia francese sia dominata dalla teologia o dal diritto canonico, l'A. risponde senza veli che, se il ruolo dei canonisti alla *via concilii* è determinante, tuttavia il loro contributo dottrinale, tranne pochi casi di spicco (Cosme Guymier, Bernard de Rossier, Jean Mauroux), resta paradossalmente modesto (p. 257), perché dominato dai teologi.

Egli divide la produzione dei giuristi francesi, elaborata in forme varie (glosse, « répétitions », trattati giuridico-politici), in tre periodi: 1. le « années baloises » (1430-1440), che vedono confrontarsi conciliaristi come Mauroux e Soybert, con « papalisti » come Bernard de Rosier; 2. le « années pragmatiques » (1480-1510), dove i termini del confronto tra giuristi gallicani e ultramontani sfumano in una « réflexion ambivalente sur les rapports entre pouvoirs laïque et ecclésiastique », sintomo di un « passage de l'explicite à l'implicite » (p. 263). Autori come Guymier ed Etienne Aufréri spostano così l'attenzione dalla Chiesa universale alla

nazionale di Francia, insistendo su alcuni temi di fondo: la Pragmatica; il « *désordre bénéficial* »; il conflitto tra fori; 3. le « *années politiques* » (1510-1525), segnati dal concilio gallicano di Pisa-Milano che riaccende in un crescendo la fiamma polemica: dai *doctores Tholosani* Pierre Cordier e Nicolas Bertrand, sino al caustico Vincent Cigauld e al suo « culte de la monarchie française » (p. 267).

Tuttavia, osserva l'A., la rappresentazione della dottrina soffre evidenti limiti: da un lato, i giuristi antipapisti, eccellenti nell'appropriarsi di idee altrui, sono poco originali; dall'altro, i canonisti ultramontani, che restano isolati e verranno sopraffatti da un conciliarismo aperto agli impulsi dell'assolutismo moderno tale da trasformare il re di Francia in un « pape en son royaume » (p. 269).

Il concilio di Pisa-Milano è il terreno che supera il più immediato confronto tra due visioni teologiche — la papalista del Caetano e la conciliarista di Jacques Almain — per attestarsi su quello fondante della natura — canonica o teologica — del potere della Chiesa. Quello scopo ultimo, tendente a legittimare specifiche questioni del concilio pisano condannato da Giulio II, è chiaramente esposto nel *Consilium* redatto da Filippo Decio nel 1511. Alla sua tesi del primato dei canonisti sui teologi sul tema delle attribuzioni potestative nella Chiesa, il Caetano opporrà trattarsi di « question principalement théologique » (p. 274).

Benoît Schmitz (*Le pouvoir ecclésiastique: question canonique ou théologique? Filippo Decio, Cajetan et le concile de Pise-Milan*, pp. 271-284) intende allora dimostrare che la polemica sul primato tra diritto e teologia in ambito ecclesiologico rinvia alla « manière de poser la question du pouvoir dans l'Église » (p. 275) e che le due modalità di approccio impiegano strumenti e giungono a risultati divergenti. Filippo Decio offre un modello ineccepibile di logica giuridica. Ne sono prova i quattro *dubia* esposti nel suo *Consilium*, sebbene l'originario moderatismo si radicalizzerà in un chiaro antipapismo all'indomani del concilio pisano. L'A. rimarca la maestria casuistica di Decio nell'armonizzare regole ed eccezioni (p. 278), così da legittimare il concilio a *iudex ordinarius* non solo del papa eretico (*regulariter*), ma in tutti i casi di accusabilità (*cas exceptionnel*), proponendo una « stabilisation de l'exceptionnel » (p. 279). Un modello opposto è nel teologo Zaccaria Ferreri che, seguendo il Caietani, afferma la supremazia assoluta del papato, quale istituzione divina.

Si tratta di due approcci antitetici: quello canonistico, relativista, basato sul « *raisonnement par cas* », che articola regole ed eccezioni; quello teologico, assoluto, che privilegia il « *raisonnement par principes* ». Due visioni combinabili (si veda Domenico Jacovacci o John Major), ma su cui domina la raffinatezza del Decio, esempio del saper « tenir prudemment à une prise de position technique (...) et se réfugier derrière les désaccords entre canonistes et théologiens »: un emblema dell'equilibrio pragmatico dello scienziato di fronte ai problemi più spinosi della Chiesa.

Alain Tallon (*Le conciliarisme au risque du concile: les ecclésiologies conciliaires au temps du concile de Trente*, pp. 285-296) propone un'attenta analisi dell'autorità, vera o presunta, dei concili, attraverso la duplice lente politica del sovrano francese e della riforma protestante. La polemica derivante rivela la « pure apparence de ce consensus autour de l'institution conciliaire, qui devient au contraire le révélateur d'antagonismes profonds » (p. 285). L'A. sostiene infatti che quello del sovrano è un conciliarismo politico, di pura forma, e condiziona anche il conciliarismo dottrinale. Ben diversa è la posizione critica, insieme conciliare ed ecclésiologica, assunta da Lutero che, rifiutando radicalmente Trento, ammette l'autorità del solo concilio « libre et chrétien », che assicura la « stricte conformité à la parole de Dieu » (p. 287).

Calvino, erede di tale dottrina, censura l'ecclésiologia conciliare, fatta salva l'autorità dei concili dell'Antichità. Di Trento, rifiuta l'autorità delle decisioni; il « niveau intellectuel lamentable » dei Padri partecipanti; il preteso ecumenismo; la falsa libertà di decisione e ne denuncia la debole forza riformista. Posizioni protestanti anche più radicali sono espresse da Pierre Vinet e da Théodore di Beza, il quale perfeziona il « pragmatisme de la conception réformée du concile » sino a proclamare l'autorità della Parola contro Trento e contro ogni concilio. L'A. rimarca, di fronte a tali aspre critiche, ciò che egli ritiene il « mutisme du concile de Trente » per tutto il suo percorso, rotto solo dall'isolata reazione del vescovo Braccio Martelli: episodio « révélateur (...) de l'incapacité tridentine à définir le pouvoir dans l'Église » (p. 295). E tuttavia tale eclissi ecclésiologica travalica Trento e, per ragioni politiche, si insinua nella Francia gallicana e nel suo re, conciliarista di facciata e papista nei fatti.

La difficile attuazione in Francia dei decreti tridentini segnala gli ambigui rapporti tra ecclésiologia romana e gallicana. Alle aperture delle *ordonnances* di Blois (1579) si oppone la riottosità del Parlamento di Parigi, il cui ostinato rifiuto di Trento verrà superato, *de facto*, dall'accettazione e applicazione nelle diocesi francesi, sancita dall'Assemblea del clero (1615). I problemi conseguenti, nei rapporti ecclésiastici tra Santa Sede e regno di Francia, sono esaminati da Bernard Barbiche — Ségolène de Dainville-Barbiche (*La diplomatie pontificale à l'épreuve de la réception du concile de Trente en France. XVI^e-XVII^e siècles*, pp. 297-308) attraverso due prospettive: 1. il contenuto delle istruzioni pontificie ai legati e ai nunzi; 2. i limiti loro opposti dal Parlamento di Parigi. Gli autori procedono dall'originaria assoluzione di Enrico IV (1595), condizionata da Clemente VIII alla ricezione del tridentino e al tracciato, notevolmente accidentato e contraddittorio, delle istruzioni ai delegati apostolici (dal Silingardi, agli Spada e Ranuzzi): un contenuto che ormai glissa sulla recezione tridentina, una volta archiviata l'età di Bonifacio VIII.

Sul secondo punto, gli A. ricostruisco il vacillante sistema di rapporti tra i tredici legati *a latere* succedutisi nel corso dell'*Ancien*

Régime (1571-1668). Tutto ruota attorno alle resistenze gallicane del Parlamento di Parigi al potere dei legati contenuto nelle bolle apostoliche di facoltà. Il procedimento che lega il *placet* regio ad una registrazione-verifica parlamentare, vera « *réglementation tatillonne* », è l'anticamera di incidenti diplomatici e tortuose riappacificazioni (pp. 304-307). In conclusione, però, il « *rejet en bloc* » delle aspettative romane sulla recezione del tridentino è un fallimento solo apparente della diplomazia pontificia che ha saputo evitare il ben più grave effetto di uno scisma gallicano.

La politica temporale e l'ecclesiologia di Benedetto XIV è ispirata da pragmatismo conciliante e da apertura intellettuale. Il « *pape des Lumières* » è uomo provvidenziale per la crisi da cui è attraversato lo Stato Pontificio. In un « pontificato-cerniera » tra due epoche, di affermazione e di contestazione della Chiesa, egli concepisce questa come una « *société des âmes (et) juridique* » (p. 313), e piega l'ecclesiologia ad una modernizzazione piena delle istituzioni (dalle canonizzazioni, alle missioni, alla politica concordataria). Olivier Descamps (*L'ecclésiologie de Benoît XIV*, pp. 309-322) analizza dettagliatamente, confrontandoli, i cinque concordati benedettini, stesi (tra il 1740 e il 1757) con i sovrani di Sardegna, Napoli, Portogallo, Spagna e Milano, in attuazione di una politica di concessioni al potere temporale elevata a metodo diplomatico. Il fine di rafforzare l'indipendenza della Chiesa entro gli Stati nazionali è al prezzo della rinuncia a sostanziali privilegi e immunità estesi alla disciplina beneficiale e legislativa, giurisdizionale e fiscale (pp. 313-318). Da ciò, i divergenti giudizi sul Lambertini: di debolezza e di apprezzamento per la sua « *intuition évangélique et pastorale (et) politique* » (p. 319).

Il programma di modernizzazione delle istituzioni ecclesiastiche è sintetizzato nella bolla *Omnium sollicitudinem* (1744): la riforma, impiantata sulla dottrina della Chiesa-Corpo mistico di Cristo, è sia ecclesiastica che amministrativa. L'una, ribadisce il primato romano, ma si apre ai riti, al matrimonio, al giansenismo, per irrigidirsi solo sul recupero della disciplina morale e intellettuale di un clero molle; l'altra, orienta le tre grandi riforme (istituzionale, finanziaria e commerciale), alla razionalizzazione del sistema di governo, sicché nel complesso, conclude l'A., l'azione pontificia assolve all'aggiornamento e a far « *sortir l'institution multiséculaire de son isolement* » (p. 322).

Sulla scia della storiografia italiana (Prodi; Prosperi) Charlotte de Castelnau-l'Estoile (*Une Église aux dimensions du monde: expansion du catholicisme et ecclésiologie à l'époque moderne*, pp. 323-340) indaga sulle implicazioni ecclesiologiche dell'espansione geografica della Chiesa cattolica. Il processo espansivo è « *pragmatique sans projet préétabli* » (p. 325) e, salvo il richiamo alla « *Salut universel* », assai poco dottrinale. Esso si adegua alle velleità coloniali dei sovrani cattolici, sostenendo il radicamento ecclesiastico sul territorio attraverso il sistema diocesano-parrocchiale e il regio patronato, di quest'ultimo rilevan-

do pregi e pericolosi difetti (p. 328). Per l'A. Trento ha valenze molteplici: da un lato, sollecita la Chiesa all'aggiornamento organizzativo (il missionariato e i Vicari apostolici). Si tratta di istituti d'emergenza e provvisori ma il cui consolidamento originerà un bipolarismo gerarchico nelle terre di missione. Dall'altro, Trento è privo di « *audace théologique* » (p. 330), e denuncia, specialmente in materia matrimoniale, l'impaccio della dottrina alla « *confrontation avec l'altérité* » (p. 332). Tre bolle pontificie (*Altitudo Divini Consilii; Romani Pontificis e Populis ac nationibus*) illustrano le tensioni in atto e un'ecclesologia di compromesso, che preferisce « *multiplier les solutions dérogoaires: dispenses, facultés, privilèges* » (p. 334). A ciò soccorre il *ius missionarium*: un regime giuridico provvisorio ed eccezionale, controllabile da Roma ed in grado di coniugare, secondo lo statuto elaborato dal segretario di *Propaganda Fide*, Francesco Ingoli, « *facultés pour le clergé et privilèges pour les fidèles* » (p. 336). Tale compromissione si riverbera nell'ambiguità del regime statutario dei cd. « *néophytes* », i nuovi cristiani adulti convertiti, destinatari di privilegi variabili, ma condannati a « *d'éternels mineurs* », fedeli di seconda mano (p. 339), per effetto perverso delle logiche colonialiste, cui la Chiesa reagisce invocando l'universalità della legge di Cristo.

Laurent Villemin (*Sacramentalité de l'épiscopat et conciliarisme du XVI^e au XVIII^e siècle*, pp. 341-353) intende dimostrare che, circa il problema della sacramentalità dell'episcopato (e sulle modalità di attribuzione e di coesistenza delle potestà episcopali d'ordine e di giurisdizione), le differenze dottrinali tra conciliaristi e ultramontanisti non sono nette.

Il contributo esamina, in primo luogo, le relazioni tra teologi e canonisti e, secondariamente, riflette sulle reali o presunte risposdenze della dottrina della sacramentalità con gli scopi antipapali dei conciliaristi. Il primo tema rinvia alle tesi medievali (Ugo di San Vittore; Pietro Lombardo) che quasi identificano e legano *officium e potestas*. Il silenzio tridentino sarebbe dovuto sia al disaccordo dei padri conciliari sul nesso *dignitas-ordo*, sia all'opportunità di evitare rigurgiti conciliaristi. Ma, nel tempo intermedio dei secoli XVI-XVIII è fiorita una letteratura teologica e canonica di grande respiro.

L'A. enuncia così le tesi del Bellarmino (per il quale l'episcopato è, immediatamente, un *ordo*); del Bolgiani (artefice dell'idea che potestà d'ordine e di giurisdizione sono separate — non distinte — estremizzando il sacramento nella santificazione delle anime); del Lancellotti (che afferma la duplice potestà episcopale, ma non ne spiega il contenuto); del Barbosa (che sostiene, in base alla duplice *potestas*, la superiorità del vescovo sul sacerdote); dell'Engel (che attenua il rigore della menzionata distinzione tra potestà); del Van Espen (che sostiene come nella Chiesa originaria « *l'évêque n'acquérait aucun droit avant la consécration* », p. 352). Ne segue una singolare trasversalità di posizioni

che, secondo l'A., rendono papalisti e conciliaristi, interpreti non scontati dei rispettivi retroterra culturali.

Il secondo versante della tematica ecclesiologica si orienta nel rapporto con le istituzioni secolari. Le logiche sottili che governano il nesso ecclesiologia-poteri costituiti permettono un impiego multidirezionale delle argomentazioni: l'ecclesiologia estremista e repubblicana del Sarpi agevola il contraddittorio da parte avversaria (De Franceschi). Ma l'ecclesiologia è scienza di dominio non esclusivo degli ecclesiastici, tanto che i giuristi gallicani elaborano raffinati saggi dottrinali (Gazzaniga) dando prova di autonomia intellettuale e di sensibilità scientifica priva di prevenzioni. Ce ne dà conferma il giudice d'Aguessau, sino in fondo uomo di legge e, nel contempo, spirito gallicano di fede regia (Renoux-Zagamé).

Misura autentica delle relazioni tra ecclesiologia e poteri è la formalizzazione del diritto: l'analisi problematica del metodo codificatorio per il diritto canonico mette in luce il drammatico confronto tra specialità della consuetudine e centralismo romano universalizzante (Legrand).

Una finestra sulla Ginevra calvinista offre uno spaccato sull'ecclesiologia ministeriale e pervasiva che, con il fine ultimo di armonizzare buon costume e ordine sociale, si trasforma in dittatura morale (Meylan). Le divergenze d'indole ecclesiologica — registrabili nel calvinista Grozio e nei filoromani giuristi della scuola di Salamanca — non sono impenetrabili e possono dar luogo attraverso lo scopo etico propellente il moderno diritto internazionale, a significativi contatti dottrinali (Schmoeckel).

Prendendo le mosse dagli antefatti dell'Interdetto veneziano del 1606 (le tre leggi giurisdizionaliste del 1602, 1603 e 1605, nonché l'incarcerazione del canonico Saraceni e dell'abate Brandolin Valdemarin), Sylvio Hermann De Franceschi (*Entre antiromanisme catholique et républicanisme absolutiste: Paolo Sarpi (1552-1623) et la défense du bien public au temps de la crise de l'Interdit vénitien (1606-1607)*, pp. 357-371) si sofferma sui due testi fondamentali redatti da Paolo Sarpi, il « glorieux symbole » dell'ecclesiologia cattolica antitridentina: il *Consulto* e le *Considerazioni sopra le censure di Papa Paulo V*. Ma se la « violence, intransigeance et extrémisme » gli valgono la stima dei gallicani, quello stesso fervore offre buoni argomenti ai suoi contraddittori romani (p. 360). L'A. insiste su un aspetto trascurato dalla migliore storiografia (Bouwsma; Baron): le estremizzazioni repubblicane del pensiero sarpiano, sovrapponibili alle dottrine politiche del moderno principe fiorentino. L'indagine attinge alla letteratura classica (da Seneca ai giuristi romani del II secolo) e al compito primario del principe alla difesa del « ben publico »; la teoria che legittima la bontà dell'azione (« non seulement *ratione materiae*, mais aussi et surtout *ex circumstantiis* », p. 364); il fondamento del buon governo (sulla religione autentica e la giustizia imparziale), così da teorizzare un « républi-

canisme inexpugnable...contre les usurpations d'ecclésiastiques » (p. 365), comprese le concentrazioni immobiliari ecclesiastiche dirette a fagocitare il territorio veneziano. Il disegno di una « égalité rigoureusement républicaine » per riequilibrare il « corpo politico » (p. 366) cela un paradosso esposto dall'*Antidoto* del gesuita Hernando de La Bastida, il quale nel contestare all'assolutismo del Sarpi un « républicanisme mensongèrement affecté », mentre i veneziani subiscono una tirannide dogale paragonabile al « despotisme turc », veste i panni del « sincère défenseur d'un républicanisme authentique » (p. 370).

Potrebbe risultare fuorviante, nell'autentica rappresentazione dei giuristi gallicani (Louis de Héricourt, G. Du Rousseau de La Combe, Jean-Louis Brunet, Claude Fleury, Louis Maimbourg ed altri ancora), la frase del Durand de Maillane (« Nous nous somme abstenus de parler de ce qui appartient à la théologie... La théologie n'est pas de notre ressort », p. 373). Questa, avverte Jean-Louis Gazzaniga (*L'ecclésiologie des juristes gallicans (XVII^e-XVIII^e siècles)*, pp. 373-388), sembra smentita dalla lettura delle opere di quelli, al punto che, per citazioni dotte e competenti riferimenti tecnici nel trattare di questioni relative alla Chiesa, « ils deviennent théologiens eux-mêmes », in grado di elevarsi — loro stessi, giuristi della pratica del foro — sino alle più alte speculazioni dottrinali. Ispirati dalle *Libertés de l'Église gallicane*, essi guardano alla Chiesa delle origini come modello di purezza e di legittimità; esaltano la *Pragmatica Sanctio* di Bourges (1438) « au rang de mythe » (p. 377), quando fusa nella sacertà regale di San Luigi; criticano le distorsioni interpretative con cui gli ultramontani dipingono la Chiesa gallicana come disgiunta da Roma. Certo, esistono differenze notevoli: quanto alla concezione della Chiesa (il rispetto del principio della comunione gerarchica lascia trasparire « une certaine conception du pouvoir pontifical limité par le concile et les droits des évêques », p. 380); quanto al rapporto papa-concilio (essi non discutono sul primato e sul « ministère d'unité » esercitato dal Papa, ma non dubitano dei reali limiti della sua potestà temporale e della sua fallibilità in materia di fede); quanto a funzioni e potestà del vescovo (essi ne sublimano la figura e, in aperto contrasto con gli ultramontani, ne fanno derivare le potestà direttamente da Cristo). In conclusione, i giuristi gallicani dell'*Ancien Régime*, nel trattare di teologia, dimostrano tale competenza da renderli autori di una solida dottrina giuridico-teologica.

Marie-France Renoux-Zagamé (*Les deux puissances selon les écrits du chancelier d'Aguessau*, pp. 389-404) illustra attraverso le memorie sull'attività forense (1699-1717) dell'avvocato generale Henri-François d'Aguessau, gli orientamenti gallicani della magistratura nell'assolutismo di Luigi XIV. Quegli scritti, nel trattare di diritto ecclesiastico, abbracciano sia il contenzioso tecnico sia questioni politiche e di fede. Sullo sfondo, le preoccupazioni gallicane del giurista: indipendenza del re e del clero di Francia, senza ledere il principio della necessaria concorrenza tra le due potestà. L'intento è didattico, per la formazione

dei magistrati, ma soprattutto epistemologico giacché, superando l'inquadramento groziano, occorre « *démêler exactement le vrai et le faux* » e identificare « *le véritable statut de la puissance spirituelle au regard de la puissance étatique* » (p. 391). L'A. dimostra le divaricanti applicazioni di tale criterio da parte del Cancelliere. Nelle questioni di diritto privato domina un bilanciamento di interessi configgenti che si fa raffinato procedimento tecnico di generalizzazione « *en remontant à des principes généraux du droit* » con una logica inclusiva, non preclusiva, delle fonti — diritto canonico o romano — applicabili al caso (p. 393). D'Aguesseau propone « *d'insérer les règles du droit canonique dans un ensemble plus vaste, dominé (par le) droit naturel* » (p. 395) e nel diritto matrimoniale, persino di « *combler la fracture* ». Ma quando si tratta di affrontare la questione politica dell'intervento del Papa nella sovranità temporale di Francia, « *il n'est plus alors question de débattre, mais de combattre* » (p. 397): ora agisce un giudice stretto da un « *serment inviolable* » di fedeltà al re. Esempio, il discorso del cancelliere sul quietismo di Fénelon (1699): manifesto del gallicanismo della magistratura, che esalta il re « *évêque extérieur* » al fianco di un episcopato depositario delle tradizioni di Francia e bastione purificatore contro le « *abusives* » invadenze pontificie. Conclude l'A., tuttavia, che il carattere « *obsessionnel du zèle* » del D'Aguesseau, denuncia la consapevole impotenza della magistratura alla conservazione dello *statu quo*.

Con un'analisi delle fonti Hervé Legrand (*Les enjeux ecclésiologiques de la codification du droit canonique. Quelques réflexions sur la portée de l'option choisie en 1917*, pp. 405-421) focalizza gli squilibri prodotti dal sistema a due ecclesiologie antitetiche, tra centralismo della Santa Sede e chiese particolari, venuto in essere per effetto del metodo di codificazione del diritto canonico. Nell'incapacità dei Padri di tradurre in precetti canonici le loro opzioni ecclesiologiche, il concilio Vaticano II « *s'est abstenu de dessiner un droit homogène à son ecclésiologie* » appiattendosi, sino ad oggi, sul *Wirkungsgeschichte* del *Codex '17* (p. 407).

A conforto di tali asserzioni, l'A. rinvia al contesto storico-culturale del *Codex '17*, segnalando, sulla scia del Fantappiè, i molteplici vantaggi dell'opzione codificatoria, quale scelta di responsabilità collettiva (pp. 409-410). La mimesi tecnico-spirituale dei codici civili porta con sé anche venature di razionalismo illuminista, con conseguenze negative sul piano ecclesiologico e teologico. L'apertura all'universalismo del sovrano legislatore unico sostiene il centralismo romano a scapito del diritto consuetudinario delle chiese particolari, in una « *perspective générale...structurellement individualiste* » (p. 413) che rinnega la natura costituzionale del diritto canonico e dei suoi istituti (battesimo; statuto dei fedeli; episcopato). Origine di tutto ciò è il connubio tra modello (privatistico) gaiano e ideale (pubblico) di

Chiesa-*societas perfecta*: in sintesi, la visione universalista di una Chiesa soggetto transpersonale.

L'A. esamina la « *Communio Notio* » (Congr. Dottrina della Fede, 1992), e mette in guardia sul rischio di una « *désintégration en chaîne* » della Chiesa, per il progressivo « *mouvement d'érosion des Églises régionales* » (p. 418), ossia di tutti i corpi ecclesiali intermedi e suggerisce una riduzione del portato positivista civilista, causa della « *déthéologisation du droit canonique* » (p. 420).

Guerric Meylan (*Qui odit correctionem peribit. Genève et la discipline ecclésiastique du Calvin d'après les registres du Consistoire*, pp. 423-437) descrive il modello di « *parfaite administration politique* » messo a punto da Calvino per la città di Ginevra: è il principio del correttivo fraterno rimprovero dalle derive dai buoni costumi, da accettare senza resistenze: « *Qui odit correctionem peribit* ». In realtà, i registri del Concistoro provano che Calvino impone ai ginevrini un pervasivo controllo legalista per conservare il modello di governo spirituale « *discipline, doctrine et ecclésiologie ministérielle* » congegnato tra 1537 e 1541 (p. 425). Il Concistoro, assemblea di incorruttibili pastori, è il cuore del rigorista sistema intrusivo, tale da « *avoir l'œil par tout* » (p. 428). Dal linguaggio alla danza, ogni condotta dissoluta è materia di vaglio morale e di scomunica. Dalla casistica tratta dai registri l'A. ricava i caratteri, evidenti ed impliciti, della funzione correttiva: la verifica della catechizzazione dei cittadini dimostra quella fusione tra elemento pedagogico e controllo preservante dell'ordine sociale posto (p. 431) che ha l'apice nella repressione della ribellione. Una fusione lampante, laddove, per rinvio, nei casi più ostinati di recidivo rifiuto della correzione, l'autorità del tribunale civile (Consiglio) se vorrà, trasformerà in sentenza vincolante l'ammonizione spirituale del Concistoro. Traendo le somme, l'ecclésiologia riformata di Calvino « *s'organise autour d'une condamnation systématique du désordre...préjudiciable à l'honnêteté des mœurs* » (p. 434), ma avverte l'A., si estende alla critica del diritto canonico classico e del desacramentalizzato istituto matrimoniale, metro di misura dell'« *impact de la doctrine de Calvin (e degli) effets juridiques...de la juridiction civile* » (p. 435). Ciò permette di valutare questa ecclésiologia come « *théocratie modérée* », frutto di una « *dialectique subtile* » (p. 436).

Con un respiro di dottrina generale del diritto, Matthias Schmoeckel (*L'influence des confessions religieuses dans la formation du droit international public*, pp. 439-455) intende dimostrare l'apporto costruttivo del pensiero religioso, tout-court, alla formazione degli istituti giuridici, e segnatamente per la categoria del diritto internazionale pubblico. A tal fine, ne tenta da subito una neutralizzazione di contenuto, depurandolo da aggettivazioni (cattolico, protestante), in vista di un esame testuale diretto. Egli non solo mette a confronto il calvinista ed arminiano Grozio con i canonisti della Scuola di Salamanca (de

Vitoria e Suárez), ma di questi esamina le varianti dottrinali in tema di diritto internazionale.

Si tratta: 1. della distinzione tra diritto internazionale (*ius gentium*) e diritto naturale (p. 443 ss.), evidenziando il maggior peso del tomismo dei salamantini, cui, in certo modo, Grozio accede in via subordinata; 2. della natura (laica od ecclesiastica) della sovranità (p. 447 ss.), dove i salamantini convergono nella «*égalité totale*» e internazionalmente parificante dei principi cristiani, laddove Grozio «*n'a pas changé grand chose sur ce point*» (p. 449); 3. del ruolo spirituale del Papa nel sistema internazionale (p. 449 ss.), dove Grozio rifiuta il primato romano, e pensa ad una nuova laicità del diritto, in aperto dissenso con le tesi temporaliste, sebbene di *mediata potestas*, che de Vitoria e Suárez attribuiscono ad un Papa sempre in grado di dichiarare la giusta guerra e deposizione regia; 4. dei valori fondanti il diritto internazionale (p. 453 ss.): qui Grozio afferma l'indipendenza del diritto dalla teologia e traccia un sistema di valori laici di riferimento (diritto alla legittima difesa; alla sopravvivenza), distanziandosi dai salamantini (un diritto d'«*origine céleste*», per de Vitoria; ispirato al principio di conformità, per Suárez). E tuttavia, l'A., scorge nella dottrina groziana dei «*buts éthiques*» (anticipatori dei moderni interventi umanitari), tracce evidenti di un fondamento religioso, al quale il sistema giuridico internazionale non sarebbe affatto estraneo.

FABIO VECCHI

FLORIANA COLAO, *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. XVIII-398.

1. La storia recente della procedura penale italiana ha ora, nel libro di Floriana Colao, un solido e analitico punto di riferimento letterario. Anche i cultori del diritto processuale potranno giovarsene. L'opera si estende per un arco temporale lungo circa sessant'anni: dalle prime riforme successive alla caduta del fascismo (settembre 1944) arriva ai primi anni del nuovo secolo. La chiave di lettura scelta dall'autrice si richiama alla ambivalenza dei sistemi penali, caratterizzati dalla tradizionale tensione fra «*tutela di garanzie individuali*» e «*tutela della collettività*» o, se si preferisce, fra *due process* e *social control*, per rifarsi alla nota e ormai classica distinzione introdotta da Herbert Packer (*Two Models of the Criminal Process*, in «*Univ. Penn. Law Review*», 113 (1964), 1, p. 18).

Nell'esperienza italiana — questa la tesi del libro — le esigenze di *social control* hanno finito col prevalere sulle tendenze all'attuazione del *due process*. Benché la Costituzione del 1948 proclami solennemente

l'inviolabilità del diritto di difesa e di altri diritti fondamentali al servizio della dignità umana, la concezione del processo che ha accompagnato questi decenni è rimasta ancorata all'idea di una certa superiorità del sociale, del collettivo, sull'individuale.

I movimenti riformistici hanno avuto andamento ondivago e la propensione all'uso del processo in funzione di *social control* è stata spesso incoraggiata da accadimenti traumatici, sui quali i mezzi di comunicazione sono soliti imbastire campagne capaci di impressionare la pubblica opinione. L'indagine storica lo conferma: il pubblico ministero e il giudice, quando sentono il fiato sul collo della stampa, adeguano fatalmente il loro operare all'esigenza preventivo/repressiva e si curano meno delle garanzie individuali.

In questo senso va principalmente inteso il riferimento alla « politica » contenuto nel titolo del libro. La posta in gioco nel processo penale è sempre « politica » (nel senso di socialmente rilevante), quando gli attori istituzionali sono sensibili all'« esito della partita ». Leggendo il libro di Floriana Colao si direbbe che ciò dipende dalla sensibilità politico-culturale prevalente non solo fra i magistrati, ma presso ampi strati della collettività.

Eppure, non sono mancate, nel periodo considerato, le spinte verso l'attuazione di un giusto processo in chiave più individuale che sociale. Il libro documenta l'itinerario zigzagante che si è prodotto fra quelle due polarità.

Un suo pregio è l'intelligente accostamento di casi giudiziari, capaci di muovere o commuovere l'opinione pubblica talora nella direzione del garantismo, tal'altra in direzione contraria. Non è raro, infatti, che il maturare delle riforme in campo penale sia stato, se non proprio propiziato, quanto meno favorito da fatti eclatanti, che la scena giudiziaria ha contribuito a far entrare nella cultura popolare.

2. La storia comincia con la fine del regime fascista. Ogni clima politico — si sa — tende a colorare dei propri valori l'esercizio della giurisdizione, di quella penale in particolare. Non c'è dunque da stupirsi che l'avvento della democrazia, l'approdo alla Repubblica, il varo della Costituzione abbiano posto il problema di una ridefinizione del rapporto fra Stato e cittadino, specialmente nella realtà del processo penale, dove quel rapporto sperimenta le punte più problematiche per la sorte dei diritti individuali.

I primi tre capitoli del libro sono dedicati al lungo e lento cammino verso un processo penale democratico, allineato ai valori della Costituzione.

L'idea iniziale, di ripudiare integralmente la codificazione penale fascista, per tornare alle leggi dell'Italia liberale, vien presto abbandonata. Prevale, prima nelle riflessioni dottrinali e poi nelle iniziative politiche, l'intenzione, assai più cauta, di revisionare i codici del 1930,

innestandovi le modifiche indispensabili a renderli accettabili nel nuovo contesto politico. Punto d'arrivo di questa prima fase riformatrice è la legge del giugno 1955, che modifica più di cento articoli del codice di rito penale. Al di là della quantità, la riforma si caratterizza per le timide (ma, per l'epoca, avanzate) aperture garantiste in tema di libertà personale, di diritti difensivi nella fase istruttoria, di nullità degli atti processuali (grazie alla reintroduzione delle nullità assolute).

È l'Italia del caso Egidi, del caso Montesi, del caso Dolci: vicende giudiziarie sulle quali giuristi e intellettuali fanno leva per criticare i persistenti tratti autoritari del sistema penale. Ma è anche il periodo — aggiungerei — dell'imminente entrata in funzione della Corte costituzionale (aprile 1956): un evento istituzionale destinato a giocare un ruolo di enorme rilievo sul terreno delle riforme di impronta garantista e che, già nel suo preannunciarsi, smuove il sostanziale immobilismo legislativo registratosi dal 1944 al 1955.

Il capitolo IV, dedicato alle « ideologie del processo penale », documenta, con ampiezza di citazioni, uno snodo fondamentale della riforma processuale penale italiana: quello dottrinale. Siamo all'inizio degli anni Sessanta, quando l'ultraottantenne Francesco Carnelutti riceve l'incarico di presiedere l'ennesima Commissione per la riforma del processo penale. Ne faranno parte giuristi del calibro di Giacomo Delitala, Giuliano Vassalli, Pietro Nuvolone, Giuseppe De Luca, Giovanni Conso, Franco Cordero. Il risultato, ascrivibile pressoché integralmente all'elaborazione quasi solitaria di Carnelutti, segna una svolta rispetto alle discussioni dei tre lustri precedenti. Con il progetto redatto fra maggio e settembre 1962 (c.d. bozza Carnelutti) si abbandona l'idea di riformare dall'interno il codice di rito del 1930. Si coltiva, anzi, esplicitamente il proposito di lasciarsi alle spalle il modello bifasico che, sull'esempio del *Code d'instruction criminelle* del 1808, aveva caratterizzato le tre codificazioni processuali dall'unità d'Italia in poi (1865 — 1913-1930). L'idea, semplice quanto rivoluzionaria, è quella di creare una netta cesura tra fase investigativa (dominata dal pubblico ministero) e fase del giudizio, gestita da un giudice in ruolo prevalentemente arbitrale, la cui imparzialità sarà garantita anche per il fatto di ignorare i risultati della fase preliminare. Sulle prime, la proposta non sortisce grandi effetti. È brillantemente ripresa da Franco Cordero nel convegno « E. De Nicola » del 1964 svoltosi fra Lecce e Bellagio: uno dei momenti più alti e consapevoli raggiunti dal dibattito sulla riforma processuale. Negli anni successivi si inabissa, restando però sotto traccia nel dibattito dottrinale, per riaffiorare nel nuovo codice del 1988, dove costituirà una delle linee portanti del disegno riformatore.

Il quarto di secolo abbondante che separa la bozza Carnelutti dalla riforma di fine anni '80 è ben descritto nei capitoli dal V al IX. La legge con la quale, nell'aprile 1974, il Parlamento delega il Governo a riscrivere il codice di procedura penale raccoglie molti dei fermenti presenti nel dibattito del decennio precedente giustappponendo spinte

innovative (di provenienza prevalentemente dottrinale e in buona misura riportabili alle prese di posizione della Corte costituzionale) e istanze conservatrici (riconducibili per lo più alla magistratura, che pur era entrata nel dibattito). L'intervento riformatore auspicato in quella legge-delega si limitava pressoché esclusivamente al procedimento di primo grado. L'intento manifesto, ancorché non dichiarato: ridefinire il rapporto fra fase preliminare e giudizio dibattimentale. Ridimensionata (non soppressa) la figura del giudice istruttore. Il potere investigativo affidato in via ordinaria al pubblico ministero, costretto però a chiudere l'indagine nel breve arco di trenta giorni (dir. 34 e 37). Al giudice spettava il potere di compiere — anche di propria iniziativa in vista di un possibile proscioglimento — atti istruttori non rinviabili alla fase del giudizio (dir. 42). Le garanzie difensive erano largamente assicurate nella fase preliminare (dir. 34) così come nel procedimento cautelare (dir. 54), secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale.

Il contesto politico-sociale era però fra i meno propizi per il varo di una riforma dalle connotazioni marcatamente garantistiche. Il 1974 è l'anno del sequestro Sossi da parte delle Brigate Rosse (aprile-maggio), della strage di Piazza della Loggia a Brescia (maggio), della strage dell'*Italicus* (agosto), del temuto colpo di Stato (dopo l'11 settembre cileno del 1973), di una criminalità urbana particolarmente aggressiva sul fronte delle rapine e dei sequestri di persona. Gli anni successivi — l'Autrice non manca di ricordarlo — saranno anche più problematici, per il gonfiarsi del terrorismo politico, che culminerà nel sequestro e nell'uccisione di Aldo Moro (marzo-maggio 1978). Proprio nel 1978 la Commissione ministeriale presieduta da Giandomenico Pisapia redigeva un progetto preliminare di nuovo codice: un progetto destinato a non divenire definitivo, appunto per le circostanze storiche avverse all'affermarsi di un diritto processuale sensibile alle ragioni della difesa.

A sostenere le ragioni del garantismo era rimasta solo parte della dottrina (cap. VII), la più attenta ai guasti che possono derivare da un uso disinvolto degli istituti processuali (in primis, la carcerazione cautelare) in una prospettiva anche di neutralizzazione della pericolosità sociale. Giustamente, Floriana Colao (p. 182) ricorda i nomi di Mario Chiavario, Paolo Ferrua, Vittorio Grevi, Giulio Illuminati, Massimo Nobili, Mario Pisani, Giandomenico Pisapia, Metello Scaparone, autori — nel corso degli anni '70 — di scritti accomunati dall'intento di condurre una critica serrata al diritto processuale vigente, traendo spunto dai principi della nostra Costituzione, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, oltre che da suggestioni storiche e comparatistiche. È una stagione fertile di contributi al contempo critici e propositivi, che permettono di mantenere viva la tensione verso una riforma ormai sparita dalle agende e dagli ordini del giorno parlamentari.

A risvegliare l'interesse anche legislativo per la riforma abortita negli anni '70 contribuirà in misura significativa il caso Tortora (1983-

1986). Ha ragione Floriana Colao a ricordare il convegno sullo « *Stato della giustizia in Europa. Il caso Italia* », organizzato nel 1984 a Strasburgo per iniziativa dello scrittore Leonardo Sciascia (allora parlamentare europeo). Prevalevano accenti fortemente negativi e censori contro il protagonismo dei magistrati che si erano occupati di Enzo Tortora, organizzandone la cattura di fronte a una folta schiera di giornalisti e giungendo a condannarlo sulla base delle dichiarazioni fornite da improbabili collaboranti. Quando poi si scoprirà il castello di menzogne, ne uscirà deturpata l'immagine dell'intera magistratura italiana.

Il calo di legittimazione trova conferma nel *referendum* sulla responsabilità civile dei giudice (novembre 1987) e nel varo di una nuova legge delega per la riscrittura della legge processuale penale (febbraio 1987), seguita a breve distanza (settembre-ottobre 1988) dalla redazione e pubblicazione del progetto definitivo di un nuovo codice, il primo dell'Italia repubblicana.

Entrambi codesti eventi segnalano la profonda crisi di fiducia e, si può dire, di legittimazione (in senso sociologico) che aveva colpito la magistratura italiana, nell'opinione di vasti settori della collettività, non solo di alcuni rappresentanti della politica nazionale.

Del resto, che la riforma processuale del 1988 sia stata percepita dagli stessi magistrati come una « limitazione di potere » lo dimostra la reazione negativa di alcuni fra loro all'entrata in vigore della nuova normativa (ottobre 1989). Già nei primi mesi del 1990, all'interno di Magistratura indipendente (la corrente conservatrice dell'Associazione Nazionale Magistrati), si organizza un *Movimento per la revisione del nuovo codice di procedura penale*, col dichiarato intento di « contro-riformarne » le parti reputate irragionevolmente limitative del potere di accertamento giudiziale. L'attacco è rivolto in particolare contro le nuove regole che precludono l'uso probatorio, nel dibattimento, degli atti provenienti dall'indagine preliminare. La predicazione del *Movimento* sortisce ben presto i suoi effetti quando, fra il febbraio e il maggio 1992, la Corte costituzionale (sent. n. 24, 254 e 255) finirà con l'abbattere pressoché tutti gli ostacoli che — in funzione di tutela del contraddittorio — impedivano l'uso dibattimentale degli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

È l'epoca delle stragi mafiose e dei primi arresti per tangenti che mettono in subbuglio la dirigenza politica del Paese. Da strumento volto a contenere gli eccessi del potere giudiziario il nuovo codice diviene, in poco tempo, un'arma insidiosa nelle mani del pubblico ministero. La difesa è confinata in un ruolo subalterno e quasi insignificante. Ne nascono comprensibili tensioni e incomprensioni (fra magistratura e classe forense), in una situazione di pericolosa inerzia legislativa, per la crisi dei tradizionali partiti di governo, letteralmente travolti dalle inchieste sulla corruzione politica svoltesi incessantemente dal 1992 al 1994. Quando poi, dopo il 1994, una classe dirigente in parte rinnovata cerca di riprendere l'iniziativa d'impronta garantista sul

terreno delle riforme penali e processuali, prevarrà il sospetto (non infondato, per verità) di un agire interessato volto non già a riespandere i diritti della difesa nell'interesse di tutti i cittadini, quanto piuttosto a ristabilire il dominio della politica (e, segnatamente, di una politica di piccolo cabotaggio) sulle asserite invadenze della magistratura.

Due leggi, in particolare, sono menzionate a questo riguardo dall'Autrice (cap. XI, 357-359).

La prima (l. n. 332 del 1995), intesa ad ampliare le garanzie difensive nell'indagine preliminare e nel procedimento cautelare, era la rielaborazione di quel decreto legge del luglio 1994 (subito etichettato «salvadadri» nella cronache giornalistiche) che il Governo era stato costretto a ritirare in fretta e furia, sia per l'immediata reazione della cittadinanza (il «popolo dei fax»), sia per la decisa presa di posizione dei magistrati milanesi impegnati nelle inchieste di «Mani pulite», intervenuti con un polemico comunicato letto in diretta televisiva. Dove si dimostra, fra l'altro, quanto l'iniziativa politica fosse condizionata da un'opinione pubblica sospettosa e in quale misura fosse subalterna alle scelte e ai convincimenti personali di alcuni magistrati.

La seconda (l. n. 267 del 1997), intendeva ripristinare il diritto dell'imputato chiamato in correità a confrontarsi con il coimputato che lo accusa: un diritto garantito nella riforma del 1988, ma venuto meno in conseguenza della parziale declaratoria di illegittimità che — nel 1992 — aveva colpito l'art. 513 c.p.p., aprendo così la strada alla possibilità di condanne fondate su dichiarazioni di correi raccolte nella fase preliminare e non filtrate nel contraddittorio dibattimentale. Floriana Colao menziona anche la sentenza (nr. 361 del 1998) con la quale la Corte costituzionale finì col neutralizzare, di fatto, la portata garantista di codesta legge, ma non dice che quella sentenza fu propiziata da una grandinata di questioni di illegittimità (ben oltre 100!) che, nel giro di pochi mesi, si abatterono sul novellato art. 513. Il conflitto fra magistratura e classe politica aveva così finito col riflettersi sul terreno dei rapporti fra Corte costituzionale e legislatore.

In questa chiave va vista, a mio avviso, la riforma intitolata al giusto processo. Attraverso la revisione dell'art. 111 cost., il Parlamento modificava i parametri per valutare la legittimità della legge processuale e riprendeva così quel primato di iniziativa che la citata sentenza del 1998 aveva, pur occasionalmente, messo in discussione. Infatti, posta di fronte agli stessi quesiti del 1992, tutti incentrati sull'uso in dibattimento di conoscenze acquisite unilateralmente dalla polizia o dal pubblico ministero nella fase preliminare del processo, la Corte costituzionale dovrà prendere atto del mutato quadro normativo e rigettare come infondate o manifestamente infondate questioni che dieci anni prima erano state accolte (sent. n. 32 del 2002, nonché ord. n. 36, 453 e 518 del 2002).

Con la riforma del «giusto processo» si chiude questa interessante e documentata rassegna della storia recente della nostra proce-

dura penale. La riforma lascia aperti numerosi problemi che l'Autrice elenca rapidamente: le tendenze rigoriste *post* 11 settembre 2001 occhieggianti al *Feindstrafrecht*; la insufficiente tutela delle vittime; la persistente ineguaglianza (economica) fra imputati; la insopportabile lunghezza dei processi; l'inclinazione del legislatore ad intervenire in singole vicende giudiziarie per condizionarne l'esito (*leggi ad personam*).

La storia conferma l'ipotesi di partenza: « il processo penale — conclude Floriana Colao — è parso soprattutto l'incrocio dei venti tra giustizia e politica, tra magistratura e potere politico ».

3. Non si capisce bene se una tale conclusione sia lo sconcolato bilancio della tradizionale tensione fra giustizia e politica nell'Italia repubblicana o la fredda constatazione cui l'autrice perviene *sine ira ac studio*. Personalmente propenderei per la seconda. Che il processo penale sia fenomeno socialmente rilevante per eccellenza, in quanto tale intriso di politica, è cosa risaputa e confermata non solo dagli ultimi decenni di storia italiana. « Politica » in senso ampio, come adesione a valori socialmente condivisi da parte di chi rappresenta la sovranità, dalla quale il sistema penale trae la sua legittimazione e la sua ragion d'essere.

In questo senso, l'aspro contrasto che in una fase della recente storia italiana ha diviso parte della classe dirigente dalla magistratura rappresenta qualcosa di anomalo. Un caso di sovranità contesa che ha finito con l'alterare gli equilibri del potere politico e di quello giudiziario. Una situazione patologica, sulla quale, in effetti, c'è molto da riflettere, ma che sarebbe errato assumere come realtà necessitata dal presente contesto politico-costituzionale. In altre parole, le asserite invadenze di campo dell'ordine giudiziario sul terreno della politica non dipendono tanto dall'eccesso di indipendenza e di autonomia che la nostra Costituzione assegna ai magistrati: è, piuttosto, la conseguenza di un'inetitudine della politica a fronteggiare problemi che — non adeguatamente percepiti e, per così dire, lasciati fermentare — finiscono inevitabilmente col tradursi in disagi individuali o in occasioni di rivendicazione facilmente traducibili in cause giudiziarie. Ai ritardi, alle incapacità progettuali, alle impotenze della politica si cerca di rimediare ricorrendo alla via della giustizia, a torto o a ragione reputata più breve e diretta.

Del resto, anche in un assetto rispettoso della tradizionale separazione dei poteri, è normale che il processo penale sia terreno di scontro su temi che per eccellenza coinvolgono l'individuo come entità politico-sociale; è fatale che, quando sono in gioco libertà fondamentali, la polarità fra accusa e difesa assuma toni accesi, capaci di contagiare i settori più sensibili della pubblica opinione. In questo senso, ogni

processo penale è un atto politico: non solo quello che coinvolge persone con responsabilità politico-costituzionali.

È comprensibile la riluttanza a qualificare come « politica » la giustizia (in particolare quella penale). L'aggettivo evoca immediatamente il tratto di « opportunità » che si associa alle iniziative politiche e, di riflesso, richiama l'idea di « arbitrio », inconciliabile con la « imparzialità » coesistente all'idea di giustizia.

Chi ragiona così, quando usa il termine « processo » pensa in realtà al giudice penale e solo a lui: come se l'esperienza processuale si riducesse all'atto decisorio col quale il giudice risolve l'alternativa tra innocenza e colpevolezza. Effettivamente, la sentenza di merito è il fine verso il quale ogni processo tende, talvolta senza raggiungerlo: è il fine che, comunque vadano le cose, dà una direzione e un senso unitario ai molteplici atti della vicenda giudiziaria.

In realtà però il processo giudiziario, così come lo sperimentiamo oggi, è fenomeno articolato e corale, che vive (o dovrebbe vivere) dello scontro tra accusa e difesa, dove si confrontano temi e argomenti di portata indubbiamente politica (quale che sia l'oggetto della futura decisione) e dove il giudice (anzi, più giudici) son chiamati a esprimere il proprio convincimento su questioni di fatto e di diritto proposte dalle parti. Riguardato in questa più complessa prospettiva, il processo penale (ogni processo penale) si configura come evento politico, il cui concreto impatto sulla realtà sociale varia in ragione dei temi che ne costituiscono l'oggetto e dei valori che vi sono implicati. Non c'è in questo nulla di anomalo.

Bisogna ammettere che, col tempo, la normativa processuale si è andata evolvendo nel senso di accrescere il peso dell'intervento giudiziario e, con esso, il ruolo *lato sensu* politico della magistratura. Non è una tendenza solo italiana. La graduale e continua cessione di sovranità degli Stati nazionali membri dell'Unione europea e degli Stati contraenti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha conseguenze rimarchevoli anche sul terreno della giustizia penale. Il caleidoscopio delle fonti normative (di matrice statale ed europea), la crescente invadenza delle Corti sovranazionali (Strasburgo e Lussemburgo) nel diritto interno, contribuiscono e ancor più contribuiranno, nel prossimo futuro, ad assestare i rapporti di forza fra i soggetti processuali. La lotta per i diritti individuali, la ricerca di un equilibrio fra efficienza e garanzie, la battaglia pro o contro certi privilegi si svolgono e si consumano in un nuovo scenario.

Floriana Colao ha ben illustrato le vicende della giustizia penale italiana nell'ultimo scorcio di storia autenticamente nazionale. Quello che stiamo vivendo è l'inizio di un'altra storia.

GUY GELTNER, *La prigione medievale. Una storia sociale* (2008), trad. it. di A. Vanoli, Roma, Viella, 2012, pp. 1-232.

Una tesi più volte ribadita entro un solco di studi divenuti punti di riferimento tematico della storiografia sulla giustizia penale ⁽¹⁾, sostiene che la prigione sia un prodotto della modernità giuridica. Un luogo e una tecnica di espiatione delle pene che nascono dopo la riflessione illuministica e che informano, quasi ovunque in Europa, la codificazione penale ad essa successiva. La ricostruzione che Guy Geltner, professore di Storia medievale ad Amsterdam, propone intende confutare questo schema e retrodatare sensibilmente la comparsa della detenzione tra gli strumenti del potere punitivo.

Il campo osservato è quello delle realtà cittadine italiane — in particolare Venezia, Bologna, Firenze, Siena — tra XIII e XV secolo. La tesi che percorre il libro è che la civiltà politica tardo-medievale ha conosciuto e praticato la reclusione come risposta a delitti di varia natura, su differenti scale di durata e in aggiunta o in alternativa ad altri mezzi punitivi. Ma, comunque, secondo modalità sotto certi aspetti assimilabili a quelle che ne regolano ancora oggi l'utilizzo. La prigione, in sostanza, non sarebbe stata un mero luogo di custodia in attesa che il giudizio stabilisse quale pena assegnare all'imputato dichiarato colpevole o di garanzia della reperibilità fisica del debitore insolvente sino all'adempimento dell'obbligazione ⁽²⁾, ma in molti casi un vero e proprio luogo di punizione definitiva. L'attenzione dell'autore si rivolge, quasi esclusivamente, alla giustizia secolare. La dimensione religiosa

⁽¹⁾ Cfr. G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale* (1968), trad. it. di D. Melossi e M. Pavarini, Bologna, il Mulino, 1978; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), trad. it. di A. Tarchetti, Torino, Einaudi, 1993²; D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, il Mulino, 1977; M. IGNATIEFF, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese 1750-1850* (1978), trad. it. di G.P. Garavaglia, Milano, Mondadori, 1982.

⁽²⁾ Sulla collocabilità della « prigione punitiva » a partire dal XIX secolo si veda quanto scrivono C. BECCARIA: « La carcere è dunque la semplice custodia di un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa », *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi, 1994², p. 49 e M. FOUCAULT: « la prigione non era una pena legale nel sistema del XVII e del XVIII secolo. I giuristi sono perfettamente chiari a questo riguardo. Essi affermano che, quando la legge punisce qualcuno, la punizione sarà la condanna a morte, a essere bruciato, a essere squartato, a essere marchiato, a essere esiliato, a pagare una multa. La prigione non è una pena », *La verità e le forme giuridiche* (1973), in Id., *Archivio Foucault 2. 1971-1977, Poteri, saperi, strategie*, a cura di A. Dal Lago, Milano, Feltrinelli, 1997, p. 144.

viene evocata solo nell'ultima parte del libro. In un capitolo, il quarto, in cui occupandosi della « prigione come luogo e come metafora », Geltner ricorda che all'inizio del XIV secolo si diffonde una concezione della prigione che la associa all'inferno dei dannati. Un'innovazione che, sostituendosi lentamente all'accostamento sino ad allora prevalente tra pena terrena e purgatorio ⁽³⁾, segnala lo slittamento nella rappresentazione del carcere da luogo transitorio e, possibilmente, correttivo a luogo perpetuo ed affittivo (pp. 150-160).

Considerando, viceversa, la storia della prigione all'interno di una cornice affatto immanente composta dalla trama dei rapporti sociali, dagli equilibri tra i gruppi cittadini, dalla riorganizzazione dello spazio urbano in funzione del contenimento e non della mera obliterazione della devianza, Geltner ricorda che: « la prigione cittadina non solo segnò un nuovo momento nella storia della punizione, ma riassume anche complesse attitudini che si stavano sviluppando riguardo alle categorie di inclusione ed esclusione sociale » (pp. 25-26).

Un primo elemento che evidenzia il diffondersi dell'imprigionamento punitivo è l'elaborazione di specifici piani economico-organizzativi in alcune città. A Venezia, intorno alla metà del XIV secolo, la prigione posta all'interno di Palazzo Ducale presenta « un personale minimo ma stabile, strutture apposite e procedure di supervisione periodica » (p. 41). Un insieme di leggi e regolamenti e un sostegno finanziario rimesso principalmente al comune (e solo in via residuale alle famiglie dei detenuti o a donazioni caritatevoli) descrivono il costituirsi di una dimensione amministrativa continuativa. A Firenze, nello stesso periodo, presso la prigione delle « Stinche » operavano « tre o quattro sovrintendenti, da tre a sei guardie, un ciambellano, uno scrivano e uno o due frati laici penitenti (*pinzocheri*) che si occupavano dei bisogni dei prigionieri » (p. 42). Anche qui il comune erogava salari regolari e distribuiva ulteriori incarichi di complemento a cappellani, medici, custodi. A Firenze i detenuti pagavano la loro permanenza in carcere. Nell'importo che essi versavano, era fissata una proporzione tra il denaro dovuto ai rispettivi creditori e quello che entrava nelle casse cittadine. Altri costi di mantenimento dipendevano dalle condizioni individuali e familiari o dalle cause dell'arresto. Per Firenze, in sostanza, la prigione era, non soltanto un simbolo di autonomia politica e uno strumento nell'esercizio della giurisdizione, ma anche un'occasione di guadagno. Che poteva, ulteriormente, essere incrementata dalle multe comminate ai reclusi per infrazioni disciplinari quali la blasfemia, l'ubriachezza, le risse, la promiscuità sessuale. Anche a Bologna, già a metà del XIII secolo, i custodi della prigione venivano

(³) Cfr. J. LE GOFF, *La nascita del purgatorio* (1981), Torino, Einaudi, 1996², pp. 236-264; H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), trad. it. di E. Vianello, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 175-229.

nominati dai quartieri cittadini per un semestre e remunerati con una paga fissa. Pochi anni più tardi, il compito della conta notturna dei detenuti venne affidato a un notaio, anch'egli incaricato semestralmente. I detenuti bolognesi, come a Firenze, concorrevano alle spese di mantenimento della prigione pagando luce, acqua e, facoltativamente, i pasti. Secondo Geltner « verso la fine del XIV secolo [...] a Bologna vide la luce un embrionale sistema carcerario » (p. 53). Esso funzionava rispetto a categorie diverse di detenuti come custodia, detenzione coercitiva, sede di esecuzione di pene corporali o incarcerazione punitiva. In ogni modo, l'imprigionamento diveniva un'esperienza sempre più presente nel paesaggio cittadino. Un altro elemento che, a giudizio di Geltner, attesta la mutazione del ruolo della prigione nello spazio urbano e la sua funzionalità rispetto all'esercizio del potere da parte dei gruppi egemoni è la centralità e la visibilità degli edifici destinati alla reclusione. Tale condizione risponde a un'esigenza simbolica di costruzione della vita cittadina intorno a un centro che raccogliesse le diverse concrezioni architettoniche del potere, un passaggio, sintetizzato dall'espressione « dalla torre al palazzo », che includeva la presenza delle prigioni nei centri delle città. Ma aveva anche un insieme di conseguenze pratiche di non minore rilievo: « La centralità fisica voleva dire migliore accesso per i funzionari del tribunale e per i creditori privati, categorie che avevano molti rapporti con i detenuti. D'altra parte, l'accessibilità della prigione stimolò l'applicazione di carcerazioni punitive in misura maggiore che in passato. Come molte altre istituzioni, la prigione alimentò da sola la propria crescita » (p. 66). In definitiva, la burocratizzazione della prigione era un effetto ma, al contempo, un punto di appoggio dei processi di verticalizzazione e accentramento del potere pubblico.

L'annotazione dei fatti più rilevanti — numero dei prigionieri, flussi in entrata e in uscita, durata media e cause della permanenza, concorso dei ristretti al finanziamento della struttura — in apposti registri tenuti da notai, consentiva alle autorità di Bologna, Venezia, Siena, Firenze di gestire la prigione in un'ottica integrata, sotto ogni aspetto possibile ma principalmente sotto quello finanziario, rispetto alle altre attività municipali. La possibile flessione delle presenze di detenuti in grado di contribuire con i loro mezzi a pagarsi la prigionia poteva sottrarre alla casse pubbliche cospicui ricavi e destabilizzarne sensibilmente il bilancio generale. Tale situazione tende a verificarsi con maggiore frequenza allorché, soprattutto a Venezia e Firenze, nel corso del XIV secolo si comincia ad applicare l'incarcerazione come pena sostitutiva delle pene pecuniarie. Il proliferare di ammende per reati di lieve entità — possesso di armi, gioco d'azzardo — aveva creato una moltitudine di soggetti non in grado di far fronte al pagamento e che, così alimentando un circolo vizioso, spesso tornavano a delinquere per procurarsi il denaro per liberarsi dai debiti generati dalle pene pecuniarie. La convertibilità delle somme dovute in periodi di detenzione fu la via d'uscita da questa *impasse*. D'altra

parte i vantaggi di questo rimedio erano molteplici: « In fondo non tutti potevano pagare una multa, ma chiunque poteva scontare una prigione. La detenzione era accessibile ed applicabile e offriva ai magistrati urbani una formula per colmare i divari socioeconomici tra i cittadini. Tale misura senza alcun dubbio privilegiava i possessori di beni, ma la povertà non poteva più essere considerata una scusa per evitare la punizione » (p. 86). La casistica era abbastanza varia: a Siena i sodomiti erano imprigionati per almeno tre anni senza possibilità di rilascio; a Firenze le aggressioni erano punite con sei mesi di reclusione; a Venezia l'usura era punita con tre mesi di prigione, la bigamia con un anno. Si trattava di pene tendenzialmente brevi. Accanto alle quali era mantenuto in misura massiccia l'arresto per debiti, da cui ci si poteva liberare saldando il dovuto. Ma quel che appare rilevante è che lo sviluppo di tale pratica di imprigionamento punitivo avviene del tutto al di fuori o apertamente contro la cultura giuridica e la legislazione penale. I giudici applicarono tale misura sulla base delle esigenze sopra richiamate, ma né la dottrina — che seguiva un antico principio fissato da Ulpiano secondo cui la prigione serve alla detenzione degli uomini e non allo loro punizione — né la normativa statutaria perlopiù erano inclini ad equiparare il carcere alle altre forme di punizione. In uno dei pochi trattati medievali sull'argomento, il *De carceribus* redatto da un anonimo giurista, Geltner rinviene simili riserve e l'insistenza sulla funzione di mera custodia della prigione. D'altra parte, l'autore di quel trattato comincia a riconoscere che le risorse finanziarie di un debitore determinano i limiti della sua pena ed ammette il possibile « scivolamento dall'imprigionamento coercitivo a quello punitivo » (p. 84). Ma il fatto che secoli fa si sia andata formando una consuetudine non difforme, sotto certi aspetti, dal modo in cui il carcere tuttora opera, non conduce Geltner a trascurare alcune rilevanti differenze. Anzitutto, come detto, il carcere era uno dei possibili strumenti punitivi e non il solo né il principale come avviene oggi. Inoltre, le prigioni non erano spazi esclusivi e liminali, ma consentivano a certe categorie di detenuti di mantenere contatti con l'esterno e di continuare, entro certi limiti, a gestire i propri affari. Naturalmente, una grande differenza era determinata dal tipo di attività che si svolgeva all'esterno. I mercanti avrebbero potuto fare affidamento su una rete di relazioni familiari ed extra-familiari per mandare avanti i commerci. Gli artigiani e i lavoratori a giornata sarebbero, viceversa, divenuti un peso per i rispettivi congiunti. Per quanto mediamente i tempi di detenzione fossero contenuti — nella seconda metà del XIV secolo « la grande maggioranza dei detenuti fiorentini trascorreva dietro le sbarre dai sei ai ventiquattro mesi » (p. 105) — la condizione di partenza era un elemento di forte discriminazione. Tale carattere non orizzontale del carcere, la sua tendenza a rispecchiare ruoli e distinzioni sociali così come essi si producevano nella *routine* ordinaria si manifestava anche nell'uso degli spazi. Quasi ovunque vi fosse un carcere municipale, erano in vigore regole di separazione dei ristretti fondate sul sesso, sul tipo di reati commessi, sulla durata della detenzione

ma, altresì, sul censo e sulla fama del reo. A Siena, risoluzioni e atti di governo invitavano a trovare per i « nobiluomini della città e del contado e per i buoni uomini della città » (p. 111) destinati ad essere imprigionati sistemazioni adeguate. Ma la tendenza a replicare le gerarchie materiali e simboliche del mondo esterno — benestanti/indigenti, chierici/laici, uomini/donne, sani/malati — era pratica comune e rendeva la prigione uno spazio solo apparentemente egualitario. In realtà erano « il benessere, lo status sociale e le relazioni, piuttosto che la gravità della colpa, a determinare il collocamento nella prigione » (p. 112).

Un elemento di marcata differenziazione che Geltner individua nella prigione medievale rispetto al carcere moderno (o almeno a ciò che esso dovrebbe essere secondo l'ideologia rieducativa) riguarda l'uso del tempo. La documentazione d'archivio disponibile presenta un quadro piuttosto omogeneo tra le varie città sotto questo profilo. I detenuti trascorrevano le giornate soprattutto dedicandosi al gioco d'azzardo (sebbene, come detto, tale pratica fosse formalmente inibita e sanzionata). Alcuni decoravano le celle con graffiti o componevano preghiere o si limitavano a segnare sulle pareti il trascorrere dei giorni. Le risse non erano infrequenti, talora si verificavano violenze sessuali, più raramente aggressioni nei confronti del personale di guardia. Nonostante questo, il tasso di mortalità carceraria era contenuto e così anche gli atti di autolesionismo. Probabilmente, grazie al fatto che la durata media della reclusione era contenuta e che, in occasione di feste religiose o altre ricorrenze civili, potevano esserci improvvisi provvedimenti di clemenza che interrompevano le pene. In ogni modo, non è possibile registrare una qualsivoglia irreggimentazione del tempo: « nulla era più lontano dalla vita dei detenuti medievali che un programma giornaliero formale; e questo semplicemente perché non ne esisteva uno » (p. 115).

Questo profilo della vita carceraria medievale segnala un rilevante punto di divaricazione teorica tra quel modello e il suo omologo moderno. Anche se si ammette, e la lettura del libro di Geltner invita con ampiezza di argomenti e di dati a farlo, che la prigione nel medioevo non sia servita solo da luogo di custodia ma anche di punizione, resta da chiedersi se vi sia una continuità non solo esteriore ma anche teleologica con l'arcipelago detentivo-correzionale che si va strutturando tra XVIII e XIX secolo studiato, tra gli altri, da Michel Foucault ⁽⁴⁾. La punizione inflitta dal carcere moderno mira a correggere e ad addestrare. Il suo orizzonte è la disciplina ⁽⁵⁾, la sua aspirazione la « fabbricazione » di corpi docili.

(4) Termine di confronto che percorre il volume sottotraccia, ma che viene espressamente evocato da A. ZORZI nella sua *Presentazione* al volume, p. 8.

(5) Sulla centralità della funzione disciplinante nel carcere moderno si sofferma, ravvisandone il rilievo prioritario nel discorso di Foucault pur senza lesinare allo stesso

Al lavoro dentro le carceri operano: « tecnici del comportamento: ingegneri della condotta, ortopedici dell'individualità. Essi devono fabbricare dei corpi docili e capaci insieme: controllano le nove o dieci ore del lavoro quotidiano, artigianale o agricolo; dirigono le parate, gli esercizi fisici, l'esercitazione di plotone, la sveglia, la ritirata, le marce con la tromba o col fischietto; fanno fare la ginnastica; verificano la pulizia, presiedono ai bagni. Addestramento cui si accompagna una osservazione permanente » (6). Ma, aspetto centrale della questione, questa ortopedia ininterrotta, questo continuo prelievo di sapere dagli individui in vista di un loro trattamento più personalizzato ed efficace, spende i suoi effetti all'interno di un reticolo istituzionale del quale la prigione non è che uno degli snodi. Vi è una continuità tra istituzioni che rinviano le une alle altre: orfanotrofio, casa di correzione, scuola, battaglione, ospedale, manicomio e, infine, prigione. Il « *continuum carcerario* » mette in serie un comune uso del tempo, scandito e misurato da una miriade di micro-costruzioni, e ne naturalizza una dimensione strutturata « secondo parametri *utilizzabili* dal processo di sfruttamento » (7). La riforma penale che interessa l'Europa nel XIX secolo e che, come Foucault ricorda (8), ha una relazione alquanto parziale e infedele con le tesi dei riformatori illuministi come Beccaria o Mably, recupera, in realtà, il senso di alcune esperienze avviate in Olanda all'inizio del XVII secolo, in concomitanza con il sorgere delle prime forme capitalistiche di divisione del lavoro e distribuzione della ricchezza. Qui fecero la loro comparsa, e vennero imitate nei decenni successivi in alcune località tedesche, le « case di correzione ». Esse cumulavano i tratti dei ricoveri per poveri, delle case di lavoro e delle istituzioni penali. « Si sperava che, attraverso l'addestramento forzato dentro l'istituzione, i detenuti avrebbero assunto costumi industriosi e appreso, allo stesso tempo, una istruzione professionale in modo che, una volta liberi, sarebbero andati volontariamente a ingrossare il mercato delle braccia » (9).

In definitiva, vi è un aspetto contenutistico che rende la prigione medievale e quella moderna non commensurabili l'una rispetto all'altra. La reclusione medievale, quand'anche punitiva, soddisfa il proprio

penetranti osservazioni critiche, M. SBRICCOLI, *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, in « La questione criminale », a. III (1977), pp. 407-423. In particolare, p. 420.

(6) FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 325. Sulla dimensione tipicamente 'individualizzante' della moderna penalità si veda da ultimo M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena: difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

(7) MELOSSI e PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., p. 87 (corsivo nel testo originale).

(8) Cfr. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., pp. 127-130.

(9) RUSCHE e KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 97.

scopo con l'infrazione del castigo. Sotto la latitudine disciplinare, viceversa, il castigo è un tassello di una strategia normalizzante che abbraccia estensivamente l'intero conglomerato sociale, rivolgendosi principalmente ai ceti più marginali per canalizzarne le energie o approntarne le abilità in modo economicamente produttivo. Gli studi statistici sull'estrazione sociale della popolazione carceraria, sulla ricorsività tra i detenuti di patologie fisiche e mentali e sull'incidenza della recidiva che animeranno nel XIX secolo i dibattiti della « scuola positiva » si muovono in questo solco. La questione che il carcere moderno comincia a porre agli studiosi e alla coscienza civile — e della quale, forse, non si è ancora venuti a capo — è quella della correggibilità o incorreggibilità dei criminali. All'interno della quale si sviluppa quella della loro utilizzabilità ⁽¹⁰⁾. Questioni estranee alla mentalità punitiva medievale quale essa è tratteggiata dalla ricostruzione di Geltner.

ERNESTO DE CRISTOFARO

Il governo del popolo. Rappresentanza, partecipazione, esclusione alle origini della democrazia moderna, 1. Dall'antico regime alla Rivoluzione; 2. Dalla Restaurazione alla guerra franco-prussiana, a cura di G. Ruocco e L. Scuccimarra, Roma, Viella, 2011/2012, pp. XVIII-428; XX-435.

L'interesse per l'idea di popolo e di sovranità popolare sembrava aver incontrato in letteratura scientifica una sorta di *impasse*, a vantaggio del concetto di classe e di moltitudine ⁽¹⁾, mentre negli ultimi anni è stata oggetto di una rinnovata attenzione, nelle sue molteplici varianti semantiche e polisemiche ⁽²⁾. Proprio a questo ambizioso tema sono dedicati i due volumi in esame, che dipanano la questione dall'*Ancien*

⁽¹⁰⁾ Sulle ricadute di tale questione nell'universo dei manicomi criminali, si veda F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, pp. 128-152.

⁽¹⁾ Si veda A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Varese, Sugarco, 1992, dove la moltitudine di impronta spinoziana, soggetto del potere costituente, è contrapposta al popolo, soggetto del potere costituito; ma si veda anche M. HARDT, A. NEGRI, *Moltitudine. Guerra e democrazia nel nuovo ordine imperiale*, Milano, Rizzoli, 2004.

⁽²⁾ In particolare si veda P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998; J. RANCIÈRE, *Il disaccordo*, Roma, Meltemi, 2007; E. LACLAU, *La ragione populista*, a cura di D. Tarizzo, Roma-Bari, Laterza, 2008; V. PAZÉ, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari, Laterza,

régime fino alla guerra franco-prussiana, cui seguiranno altri due tomi che si protrarranno sino ai conflitti mondiali. Affrontare l'esperienza politica europea attraverso la lente dell'idea di popolo, rappresenta un opportuno tentativo di ripensare la storia delle idee politiche e costituzionali alla luce di un concetto che tende sempre più ad assumere un nuovo ruolo nel lessico giuridico. I volumi — ai quali hanno collaborato un gruppo di studiosi, in larga maggioranza giovani e che in buona parte svolgono o hanno svolto la loro attività di ricerca e insegnamento presso l'Università di Macerata — raccolgono interventi di alto profilo scientifico, legati tra loro da una coerenza di fondo che vuole mettere l'idea di popolo (e di governo del popolo) alla prova della ricerca storica, alla luce del rinnovato interesse che questo concetto ha incontrato nell'attuale fase politica italiana ed europea ⁽³⁾.

Dalla premessa dei due curatori, Gianni Ruocco e Luca Scuccimarra — il primo studioso del libertinismo europeo e del lessico rivoluzionario francese, il secondo, attento interprete della tradizione illuministico-kantiana e cultore, tra i più raffinati, della *Begriffsgeschichte* — si evince già la complessità e difficoltà di affrontare un concetto, tra i fondanti del pensiero politico e giuridico moderno e più in generale della modernità, che si dimostra fin da subito ambivalente: da un lato un popolo inteso come entità unitaria, dall'altro come parte della società. Ma le ambivalenze non si fermano a questa prima approssimazione. La semantica del popolo si articola in un percorso speculativo che va dalla dottrina cinque-seicentesca, che oscilla tra demonizzazione ed esaltazione della parte inferiore della società di ordini, fino alla svolta rivoluzionaria dove l'elemento costituzionale e costituente del popolo assumerà una funzione dirompente e di primo piano nello spazio pubblico prima francese poi europeo.

Prima della Rivoluzione: il popolo escluso ⁽⁴⁾. Proprio la Francia d'*Ancien régime* rappresenta un laboratorio teorico di grande interesse

2011; *Populismo e democrazia radicale. In dialogo con Ernesto Laclau*, a cura di M. Baldissari e D. Melegari, Verona, Ombre corte, 2012; A. BADIOU *et alii*, *Qu'est-ce qu'un peuple?*, Paris, La fabrique, 2013 (in particolare il saggio di G. DIDI-HUBERMAN, *Rendre sensible*, pp. 77-114); M. TRONTI, *Popolo*, in « Democrazia e diritto », n. 3-4, (2010), poi in ID., *Per la critica del presente*, Roma, Ediesse, 2013, pp. 27-40; numeri monografici delle riviste « Critique », LXVIII (2012), *Populismes*; e « Tumultes », n. 40 (2013), *Noms du peuple*.

⁽³⁾ Cfr. L. SCUCCIMARRA, *Il ritorno del popolo*, in « Meridiana », 77 (2013), *In nome del popolo sovrano*.

⁽⁴⁾ Così recita il titolo della prima parte del primo volume che contiene i seguenti interventi: G. RUOCCO, *Pensare il popolo nella Francia d'Ancien régime*; A. CLERICI, *La dialettica parte/tutto nelle teorie della sovranità popolare dei monarchomques*; S. GREGORI, *L'aménagement des peuples. Le origini della Science du Gouvernement nel primo Settecento francese*; E. BETTI SCHIAVONE, *Popolo e popoli in Montesquieu*;

— su cui il libro si dilunga ampiamente — dove si affermò in primo luogo la dialettica tra inclusione ed esclusione che sarebbe continuata, in forme diverse, fin oltre le rivoluzioni borghesi. Il popolo veniva concepito come realtà distinta rispetto ai nobili, ai ricchi o agli illuminati, o, più tecnicamente, inserito all'interno della società divisa per ordini: il terzo stato come categoria residuale rispetto al clero e alla nobiltà. Le dottrine prevalenti d'*Ancien régime* descrivevano il popolo come una moltitudine indistinta, soggetta agli impulsi e alla natura, al punto che frequenti erano i riferimenti alla mandria o al gregge, ben rappresentati dall'immagine mitologica più volte evocata negli scritti seicenteschi dell'Idra dalle molte teste. Proprio questa creatura leggendaria — raffigurazione speculare rispetto a quella hobbesiana del Leviatano — che rappresenta il popolo nella sua forma più irrazionale e informe, è stata ripresa come metafora di un conflitto tra l'ordine moderno monistico (e monolitico) e una contro-modernità basata sul conflitto di una moltitudine ribelle e resistente che ha trovato, soprattutto nella storiografia anglosassone, una fase di ripensamento del moderno e delle sue alternative, proprio rispetto al modello culturale occidentale ⁽⁵⁾. Su questo aspetto affiora a più riprese la necessità e l'importanza di un esame critico, anche radicale, della tradizione politica e giuridica occidentale, così come la consapevolezza che il crinale tra gli esclusi e gli inclusi, passi non solo all'interno dell'Europa nei confronti delle classi povere e subalterne, ma anche (e soprattutto) nei territori coloniali verso i soggetti colonizzati.

Alcuni interventi, seppur con prospettive diverse, affrontano le teorie anti-assolutistiche e ne ridimensionano la portata di anticipazione della sovranità popolare e del costituzionalismo, mentre altri valorizzano maggiormente il loro contributo all'affermarsi di un dialettica tra potere costituente e potere costituito *ante litteram*. Proprio queste dottrine rappresentano un momento centrale nella formazione, non lineare ma ben radicata nella realtà europea delle guerre di religione, della teoria della sovranità popolare. Il concetto di popolo presso i monarcomachi (sia di parte cattolica che calvinista), ha contribuito ad anticipare alcune teorie della sovranità popolare, attraverso il legame stretto tra l'accezione giuridica di popolo nella dottrina medievale —

G.M. LABRIOLA, *Brevi note su proprietà e rappresentanza nel pensiero fisiocratico*; A. MARCHILI, *Rousseau e la fondazione della volontà generale: popolo, nazione, opinione pubblica*; L. BASSO, *Unità e pluralità nel pensiero di Leibniz*; C. LAURENTI, *Tra popolo e plebe. Il Settecento politico italiano*; L. COBBE, *Nation, sympathy, opinion. Hume e i prolegomeni per una scienza sociale*.

(5) P. LINEBAUGH, M. REDIKER, *The Many-Headed Hydra. Sailors, Slaves, Commoners and the Hidden History of the Revolutionary Atlantic*, Boston, 2000, trad. it. (dal titolo fuorviante) *I ribelli dell'Atlantico. La storia perduta di un'utopia libertaria*, Milano, Feltrinelli, 2004.

riconducibile a quella di *universitas* come parte dell'ordinamento giuridico — e l'utilizzo e « l'adattamento » che ne avrebbero fatto i monarchi per fondare la superiorità del popolo sui re.

Un progressivo cambiamento della percezione del popolo avvenne prima con i fisiocratici poi, più significativamente, con gli illuministi, tra i quali emerge per importanza Condorcet, il quale si era interrogato più volte sul ruolo e la condizione degli strati più bassi della società e che avrebbe portato fino ai limiti più ambiziosi la traduzione costituzionale delle sue idee sulla sovranità popolare. Nella sua visione tardo illuministica egli si allontana dalla concezione tradizionale di un popolo responsabile della sua condizione di indigenza, e ne capovolge i presupposti: la povertà e le ristrettezze sociali e morali sono il frutto di un ambiente sociale corrotto fondato sull'errore e su cattive leggi che conducono le masse a delinquere. Tuttavia l'illuminista ed enciclopedista mantenne un certo legame con la tradizione secondo la quale la conoscenza e la verità erano appannaggio solo di una minoranza che avrebbe avuto il compito di educare la popolazione.

La Rivoluzione e la sua eredità: il popolo in lotta ⁽⁶⁾. Proprio come un'educazione costituzionale — successivamente anche alla democrazia e alle virtù repubblicane — viene considerato nel libro il grande laboratorio della rivoluzione francese, di cui Sieyès incarnò, per lo meno nella sua fase iniziale, il simbolo del passaggio da una società di ordini e di privilegi a una basata sull'eguaglianza di fronte alla legge e sulle regole del libero scambio. « Il contratto sociale dei Francesi » di cui parlava Daunou nel 1789 ⁽⁷⁾, legava Rousseau a Sieyès lungo un percorso che procedeva dalla critica illuministica nei confronti della monarchia assoluta fino alla teoria del potere costituente della nazione, forma moderna e borghese del popolo, e avrebbe trovato nella Dichiarazione dei diritti e nella Costituzione la sua espressione più compiuta.

Il dibattito gius-pubblicistico francese dal 1789 infatti fu caratterizzato da una dialettica costante tra sistema rappresentativo e democrazia diretta con una predominante attenzione alla questione dell'iden-

⁽⁶⁾ Titolo della seconda parte del primo volume, dove appaiono i seguenti saggi: L. SCUCCIMARRA, *Genealogie della nazione. Sieyès e le ambivalenze del vocabolario rivoluzionario*; P. PERSANO, *Educare alla verità. Condorcet e la politica del popolo*; P. PERENZIN, *Dai « mœurs » alla « morale ». Il governo del popolo in Robespierre*; D. DI BARTOLOMEO, *Abuso delle parole (e della storia) nella Rivoluzione francese: il popolo dell'anno III*; M. VALVIDARES, *La "primavera dei popoli"? Le Giunte Provinciali alle origini della guerra di indipendenza spagnola*; R. CAR, *Prussia 1806-1814: il popolo in armi tra utopia e Realpolitik*.

⁽⁷⁾ Fondamentale il saggio di B. BACZKO (che si ispira al titolo di una brochure di Pierre Claude François Daunou *Le contrat social des Français en 1789*), *Le contrat social des Français: Sieyès et Rousseau*, in ID., *Job, mon ami. Promesses du bonheur et fatalité du mal*, Paris, Gallimard, 1997, pp. 299-333.

tità tra popolo e rappresentanti e dell'unanimità che ne conseguiva (8). Dalla lettura di alcuni interventi — tra i più interessanti per chi scrive — dei volumi in esame, è emerso come, nelle varie fasi della rivoluzione, dal biennio monarchico al « momento » giacobino, fino alla fase termidoriana e napoleonica, il dibattito politico-istituzionale francese fosse riconducibile al ruolo e alla funzione del popolo sia rispetto alle origini del regno di Francia (dove il repertorio degli *exempla* classici ebbe una funzione centrale nella costruzione di un nuovo soggetto politico), sia nei confronti del nuovo ordinamento costituzionale nato sulle spoglie dell'*Ancien régime*.

Il « discorso » giacobino, che segnò l'inizio di quel costituzionalismo democratico tracciato dal testo del 1793 e che vedeva nel popolo l'unico attore che avrebbe dovuto sia legittimare che esercitare la sovranità, riceve ampia trattazione nei testi in esame. Il percorso del governo del popolo di Robespierre fu ostacolato dalle vicende e circostanze rivoluzionarie che condussero al decreto del 10 ottobre 1793 — 19 vendemmiaio anno II — che sospese la costituzione, istituì il governo rivoluzionario (9) e spianò la strada al periodo del Terrore (10). Una scelta che trova la sua legittimazione, secondo l'interpretazione di Carl Schmitt — il quale inseriva questa analisi all'interno della riflessione sulla distinzione tra la dittatura commissaria *degli antichi* e quella sovrana *dei moderni* — nel ricorso *extra* costituzionale (ed *extra* giuridico) al potere costituente di cui la Convenzione nazionale era la manifestazione (11). La sospensione della costituzione del 1793 rappresenta chiaramente la commistione tra il campo del politico e quello del giuridico (12) rientrando pienamente, sempre seguendo il ragionamento schmittiano, nella logica dell'eccezione quando la decisione si separa dalla norma.

(8) Sul punto si veda L. JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989.

(9) « Le gouvernement de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix », *Archives parlementaires*, 76, pp. 311-312; sul punto, nella prospettiva di questo lavoro, si veda O. JOUANJAN, *La suspension de la constitution du 1793*, in « Droits », (1993), n. 17, pp. 125-138.

(10) Si veda, nella vastissima letteratura, un'approfondita e problematica opera collettiva: *Les politiques de la Terreur (1793-1794)*, sous la direction de M. Biard, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008.

(11) C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, Laterza, 1975.

(12) Secondo la concettualizzazione di P. BOURDIEU, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 64 (1986), p. 15 e ss.

Il governo del popolo: una difficile eredità (13). Il laboratorio costituzionale rivoluzionario aveva dimostrato come la partecipazione popolare alle decisioni pubbliche andasse oltre le elaborazioni giuridiche e come essa si fosse espressa attraverso una dialettica tra istituzioni e popolo, o meglio tra organi legislativi e richieste (a volte violente) del movimento sanculotto delle sezioni parigine, che aveva spinto la rivoluzione borghese dei diritti dell'uomo verso l'accettazione delle istanze sociali e democratiche più avanzate (14).

Ma nel periodo direttoriale il dibattito sul nesso tra sovranità popolare e democrazia, centrale nel « discorso giacobino », mutò progressivamente di prospettiva, fino a relegare il popolo in una sorta di *trompe l'œil* da rappresentare in Assemblea ma tenuto lontano dal processo decisionale. La costituzione del 1795 fu infatti caratterizzata dal ritorno al sistema censitario, a vantaggio esclusivamente della classe borghese, e dal rifiuto della democrazia diretta, del diritto di resistenza e della partecipazione del popolo al processo legislativo, elementi che avevano contraddistinto il costituzionalismo democratico dell'anno I.

Con il 1799 e il colpo di stato di brumaio il rapporto tra popolo e sovranità si sbilanciò verso l'idea, sostenuta da Sieyès in un *revirement* rispetto alle sue posizioni del 1789, di una (presunta) legittimità proveniente dal basso coniugata con una (reale) autorità imposta dall'alto, nuova retorica dominante nella nascente epoca napoleonica (15). La lotta alle fazioni e agli interessi di parte in nome dell'unità della nazione e della salvezza della repubblica, furono tra i principali elementi caratterizzanti l'ideologia del colpo di stato di Napoleone Bonaparte, il quale diede vita a una nuova forma di legittimazione politica — alternativa a quella del sistema rappresentativo — basata sul « consenso », ottenuto in maniera plebiscitaria, del popolo e dell'esercito (16).

(13) Titolo della prima parte del secondo volume, con i seguenti contributi: G. RUOCCO, *Neutralizzare il popolo: Rousseau e la Rivoluzione nella critica liberale*; S. GREGORI, *Dal popolo agli industriali: Saint-Simon e l'eclissi della sovranità*; A. CLERICI, *Contro l'uguaglianza, contro il privilegio. Il giovane Guizot e i suoi critici (1820-1821)*; S. RODESCHINI, *Il popolo come opera. Per una definizione hegeliana del concetto di Volk*; L. COBBE, *Il carattere di un popolo. John Stuart Mill e le semantiche del collettivo*; N. MATTUCCI, *Il punto di vista nazionale: razza, schiavitù e colonialismo negli scritti di Tocqueville*.

(14) Secondo la classica interpretazione di A. SOBOUL, *Les sans-culottes parisiens en l'an II. Mouvement populaire et gouvernement révolutionnaire (2 juin 1793-9 thermidor an II)*, Paris, Clavreuil, 1958.

(15) Cfr. B. BACZKO, *Un Washington manqué: Napoléon Bonaparte*, in ID., *Politiques de la Révolution française*, Paris, Gallimard, 2008, pp. 535-693.

(16) L. SUCCIMARRA, « Combattere le fazioni », « Nazionalizzare la Repubblica ». *Retoriche della totalità nel discorso di Brumaio*, in « Nuova Rivista Storica », XCVI (2012), pp. 817-846.

Inaugurato dunque dal comandante dell'*armée d'Italie* il bonapartismo, che sarebbe entrato pienamente nel linguaggio politico solo con la Restaurazione, prendeva forma nella misura di un « compromesso centrista »⁽¹⁷⁾, basato su principi semplici come l'ordine, l'autorità e la sovranità popolare, privata quest'ultima della mediazione parlamentare (e di quella dei *club*), in apparente continuità con il momento giacobino ma con uno squilibrio verso il governo e l'amministrazione⁽¹⁸⁾.

Quello tra bonapartismo e giacobinismo, entrambi forme impolitiche di governo politico⁽¹⁹⁾, si è dimostrato un rapporto in alcuni casi simmetrico, dove il primo condivideva con il secondo il continuo riferimento al popolo ma se ne discostava per prospettive e metodo. « Il gioco di prestigio del bonapartismo », secondo una sintomatica espressione di Scuccimarra, « sarà appunto quello di costruire un sistema verticistico e autoritario, senza mai rinunciare, nemmeno per un istante, alla pretesa di esprimere una piena rappresentanza della comunità nazionale »⁽²⁰⁾.

Alcuni interventi del volume — che sono risultati di particolare originalità — si concentrano inoltre su come la Rivoluzione francese e il modello napoleonico abbiano rappresentato una pesante eredità nel corso dell'Ottocento in buona parte dell'Europa, quando sia la cultura liberale e borghese che quella democratico-popolare si confrontarono con il pesante lascito. Con la Restaurazione, caratterizzata da un costituzionalismo duale basato sul principio monarchico e rappresentativo, il problema dell'appello al popolo e della sospensione dell'ordinamento costituzionale mutò di prospettiva: l'art. 14 della *Charte* del 1814, da questo punto di vista, è risultato paradigmatico⁽²¹⁾. La lotta ai privilegi e per l'eguaglianza, che aveva rappresentato un percorso comune per i rivoluzionari, si disgiunse negli uomini della Restaurazione in critica del sistema 'feudale' dei privilegi e difesa della nuova struttura borghese ostile al suffragio universale, politica riconducibile alla figura di François Guizot.

(17) Così F. BLUCHE, *L'adhésion plébiscitaire*, in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1851*, sous la direction de F. Bluche, Paris, Puf, 2000, p. 13.

(18) Ivi, pp. 13-14.

(19) Suggestioni in tal senso in G.M. BRAVO, *Il fallimento della politica. Marx e gli altri. A proposito di Luigi Napoleone*, in *Bonapartismo, cesarismo e crisi della società. Luigi Napoleone e il colpo di stato del 1851*, a cura di M. Ceretta, Firenze, Olschki, 2003, pp. 3-22.

(20) L. SCUCCIMARRA, « *Combattere le fazioni* », cit., p. 841.

(21) Cfr. M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 73 e ss.

Ma lo spartiacque del « lungo » Ottocento fu senz'altro il 1848, indicato opportunamente nel secondo volume come momento di cesura rispetto all'idea di popolo, nazione e classe ⁽²²⁾. Solo con la rivoluzione del febbraio in Francia il rapporto tra popolo e democrazia sarebbe tornato centrale, in quanto la battaglia per il suffragio universale ne rappresentò il momento caratterizzante, quel *sacre du citoyen* che si presentava in continuità con la lotta per l'eguaglianza e l'emancipazione inaugurata con il 1789. In seguito alle vicende rivoluzionarie che portarono alla fine della monarchia orleanista e alla nascita della Seconda repubblica basata su una costituzione democratica, la nuova classe dirigente si dimostrò presto incapace di gestire la straordinaria spinta proveniente dal suffragio universale (maschile), al punto che si arrovò in una difesa dei propri privilegi.

Fu proprio Luigi Napoleone, eletto presidente della Repubblica il 10 dicembre 1848, ad autorappresentarsi come interprete degli interessi del popolo in opposizione a quelli dei rappresentanti, innescando un conflitto che si sarebbe risolto con il colpo di stato di quest'ultimo del 2 dicembre 1851. Con il colpo di forza, una seconda edizione caricaturale del Diciotto brumaio, seguendo la terminologia marxiana, Luigi Napoleone si propose come il difensore proprio del suffragio universale violato dai deputati, presentandosi come il sostenitore di un'idea di popolo organica e, soprattutto, quale critico della rappresentanza parlamentare espressione degli interessi di parte. Nell'*Appello al popolo*, una sorta di manifesto politico del sistema plebiscitario, dello stesso giorno, Luigi Napoleone proclamò che l'Assemblea, difendendo i particolarismi, stava attentando al potere che, invece, egli traeva « direttamente dal popolo », e che quindi l'aveva sciolta per restituire al « popolo intero » la facoltà di giudicare tra « loro » (i rappresentanti) e se stesso ⁽²³⁾.

Il risultato delle consultazione del 20-21 dicembre 1851, « arche-

⁽²²⁾ *Popolo, nazione, classe: la cesura del 1848*, Titolo della seconda parte del secondo volume, con i seguenti saggi: L. SCUCCIMARRA, *I paradossi della sovranità popolare. La crisi del 1848 in Francia e la questione del suffragio universale*; A. LANZA, *Umanità androgina e repubblica sessuata. Valorizzazione ed esclusione della donna nel socialismo francese intorno al 1848*; V. GIOIA, *Progresso tecnico, crescita culturale e trasformazioni economiche. Proudhon, il "senso comune" e le vie del progresso*; C. DE BONI, *Auguste Comte: la politica positiva e il linguaggio "popolare" della religione dell'Umanità*; F. TOMASELLO, *Dal popolo al proletariato. Marx e la costruzione del soggetto rivoluzionario*; M. RICCIARDI, *La società di tutto il popolo. Linee storiche sui concetti politici del socialismo tedesco dopo il 1848*.

⁽²³⁾ *Proclamation du Président de la République*, 2 décembre 1851, in *Discours et messages de Louis-Napoléon Bonaparte*, Paris, Plon, 1853, p. 191 e ss.

tipo del plebiscito moderno»⁽²⁴⁾, contribuì inoltre a inasprire il conflitto anche all'interno del movimento democratico e rivoluzionario. Il problema del suffragio e della « parola operaia » aveva visto aprirsi tra i rivoluzionari del 1848 un divario che avrebbe continuato a dilatarsi fino alla Comune e oltre. Ritroviamo in questo scontro — non solo di idee — le aporie e i limiti sia del pensiero e dell'azione democratico-rappresentativa, che vedeva negli spazi lasciati dalla dittatura un momento di esercizio delle libertà borghesi, sia del progetto radicale e antagonista francese ed europeo, scettico nei confronti della capacità del diritto di mediare i conflitti.

Il governo del popolo e le metamorfosi della rappresentanza⁽²⁵⁾. I repubblicani rimasti in Francia pensavano di poter utilizzare le potenzialità positive del suffragio universale a loro favore, mentre i più radicali, emigrati all'estero dopo le giornate di giugno, rifiutavano la strategia elettorale a favore di una scelta insurrezionale tipica della tradizione giacobina. Dopo il massacro di operai e socialisti da parte della guardia nazionale repubblicana, in una macabra epifania che avrebbe avuto il suo più drammatico compimento con *la semaine sanglante* del maggio 1871, paradigmatiche furono le parole pronunciate da un giovane studente di giurisprudenza che militò dalla parte del popolo di Parigi sulle barricate: « le suffrage universel, avec un pareil régime, n'est pas purement une question de droit, mais aussi une question de force »⁽²⁶⁾. Il mito del popolo in armi avrebbe continuato a caratterizzare il movimento democratico europeo, senza tuttavia risolvere la questione del suo rapporto con le istituzioni rappresentative. Fu proprio il terrore suscitato dalla Comune presso i pensatori più conservatori e reazionari — come Hippolyte Taine e Gustave Le Bon — a riportare in auge l'immagine, presente come si è visto nella retorica d'*Ancien régime*, del popolo composto da folle cieche e ignoranti, molto lontana tuttavia dalla nuova realtà del movimento operaio.

Nei due volumi, caratterizzati da un approccio multidisciplinare — che procede dalla storia del pensiero politico e delle istituzioni fino al diritto pubblico e alla filosofia del diritto — che hanno messo al

(24) F. BLUCHE, *L'adhésion plébiscitaire*, cit., p. 4.

(25) Titolo della terza parte del secondo volume: P. PERSANO, *Razionalizzare la democrazia, educare il popolo nell'Ottocento francese*; R. CAR, *La concezione dello "Stato popolare (Volksstaat)" nei giuristi tedeschi del tardo Ottocento*; P. COLOMBO, V. VILLA, *Governare il popolo, legittimare il re: la costruzione dell'identità nazionale e dell'immagine pubblica della monarchia nell'Italia post-unitaria*; C. BON, *More perfect Union. Problemi di rappresentanza politica e revisione costituzionale negli Stati Uniti dell'Ottocento*; B. BARBISAN, *Countermajoritarian difficulty e principio di rappresentanza*; M. SURDI, *Il popolo decostruito*.

(26) F. PARDIGON, *Épisodes des journées de juin 1848* (1852), *Présentation d'A. Héricord*, Paris, La Fabrique, 2008, pp. 124-125.

centro della riflessione l'analisi dell'evoluzione del concetto di popolo da un punto di vista storico e politico, minore attenzione viene dedicata agli aspetti che tradizionalmente rientrano nelle competenze della storia del diritto. Tuttavia i molteplici interventi possono essere letti come espressione di un modo diverso di studiare il « diritto nella storia » e forniscono allo storico del diritto — in particolare del diritto pubblico — strumenti diversi da quelli tradizionalmente utilizzati dalla disciplina, ma imprescindibili per una ricerca storico-giuridica che sappia colloquiare con realtà ad essa contigue.

MARCO FIORAVANTI

ÉDOUARD LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière*, con prefazione di Nader HAKIM, *Du chaudron magique à la science juridique: Édouard Lambert ou le désir politique du droit*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 1-114.

« Il n'y a de neutralité nulle part, il faut avoir le courage de le reconnaître » ⁽¹⁾: con questa affermazione, dal sapore epigrammatico, un grande protagonista della *Ecole scientifique*, riassume la ritrovata consapevolezza della politicità della scienza giuridica, esito estremo, nella sua apparente ovvietà, del travaglio scientifico di una dottrina alle prese con il « temps des trublions » ⁽²⁾. Il percorso argomentativo che conduce a tale approdo — significativo nel contesto storico in cui ha luogo, ma di per sé assai poco rivoluzionario — origina dalla critica all'*Exégèse* e dal rifiuto del « sommeil dogmatique » che essa induce. Lo scenario di riferimento è quello, alquanto inquieto, della *Belle Époque*: « années électriques » ⁽³⁾, anni colmi di fascino e di inquietudine, attraversati da una tensione crescente, che investe ogni ambito della vita e della società; una tensione oltre la quale gli spiriti più sensibili colgono i segni della catastrofe che incombe. È una mera coincidenza, non priva

⁽¹⁾ Cfr. R. SALEILLES, *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, in « Revue internationale de l'enseignement », XLIV (1902), 2, p. 319.

⁽²⁾ Secondo la definizione di A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX siècle à nos jours*, Paris, Puf, 1975, p. 75 e ss. Sul *renouveau* di fine Ottocento, in relazione alla Francia, una sintesi efficace si trova in J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Puf, 1996, p. 171 e ss. Per l'Italia, il testo di riferimento è P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁽³⁾ Dal titolo del saggio di C. PROCHASSON, *Les années électriques (1880-1910)*, Paris, La Découverte, 1991.

tuttavia di un indubbio effetto suggestivo, il fatto che l'anno nel quale l'autore citato prende commiato dal mondo coincida con il naufragio di un transatlantico pensato come l'estrema rappresentazione oleografica dello *status quo* politico-sociale del XIX secolo, preambolo, a sua volta, di una tragedia di proporzioni colossali, che pone fine al torpore e all'immobilismo autoreferenziale della Montagna Incantata.

Autoreferenzialità, nel mondo del diritto, in quegli anni, significa resa o accettazione convinta della nevrosi ossessivo-compulsiva che assume le forme della cantilena esegetica. In effetti, il giurista formatosi alla scuola di Demolombe si scopre inerme di fronte alla crisi. Lo « *chaudron magique* » ⁽⁴⁾ elaborato dal logicismo implacabile ed estenuato degli esegeti non offre risposte sufficienti, rende impossibile la razionalizzazione del conflitto, non consente di esprimere adeguatamente, in termini tecnico-giuridici, uno snodo cruciale della storia europea, caratterizzato dal passaggio dal liberalismo politico post-rivoluzionario a una modello istituzionale apertamente democratico-sociale. Come se non bastasse, è un pullulare di stimoli culturali disparati, inevitabilmente contraddittori: positivismo scientifico, sociologismo, evolucionismo, darwinismo, spiritualismo, leplaysismo; per non parlare della crisi modernista, della svolta sociale della Chiesa di Roma, dei fermenti neocorporativi, della riscoperta della *institution* e della centralità del fenomeno associativo.

Dire che il giurista, che non è mai un campione di teoresi, riesca a dominare il vortice complesso di suggestioni e impulsi nel quale è immerso, sarebbe una ostentazione indebita di ottimismo. I giuristi più sensibili e attrezzati culturalmente si agitano, sono « *inquiets* » ⁽⁵⁾, l'inquietudine è l'elemento identitario che li contraddistingue: come l'agronomo kafkiano si mettono alla ricerca affannosa di qualcosa; e se il primo ha il presentimento del divino quasi per caso, dal profumo inebriante che avvolge una slitta abbandonata in mezzo alla neve, i giuristi della *Belle Époque* intravedono nel paradigma della *science sociale*, l'approdo salvifico del loro viaggio: categoria indefinita quanto poche altre, nella quale però è riassunto un universo di crisi, di aspirazioni, di tentate ibridazioni, di sogni di palingenesi metodologiche.

L'appello all'abbandono di ogni pretesa di neutralità matura in tale contesto ed è il risultato della inevitabile resa dei conti con il paradigma esegetico, che non tarda a rivelarsi totalmente inservibile.

⁽⁴⁾ Metafora assai efficace scelta dal prefatore della ristampa oggetto della presente recensione: cfr. N. HAKIM, *Du chaudron magique à la science juridique: Édouard Lambert ou le désir politique du droit*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 1-33.

⁽⁵⁾ Cfr. M.-C. BELLEAU, *Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX siècle*, in « *Les cahiers de droit* », XL (septembre 1999), 3, pp. 507-544.

Non è tanto la critica interna di tale paradigma (legalismo ottuso; ipostatizzazione del Codice; mancanza di elasticità; esasperato logicismo) a dimostrarsi decisiva. È semmai la critica esterna, ovvero la relativizzazione dell'*Exégèse*, il fatto cioè di considerarla un prodotto storicamente determinato del pensiero giuridico, a far apparire ridicolo ogni approccio apollineo al fenomeno giuridico. Vengono alla luce le motivazioni profonde poste alla base della pretesa di considerare il diritto una « maison rassurante et neutre...où l'on discute sur des textes » (6): non tanto l'effetto dirompente provocato dall'evento-Codice sugli schemi consolidati del pensiero giuridico, quanto semmai la necessità di soddisfare le aspettative della classe sociale divenuta egemone. La *sécheresse* del metodo esegetico non è priva di un suo retroterra politico-filosofico, il cui fine è la tutela dell'ordine borghese, uscito vincente dalla Rivoluzione, attraverso lo sviluppo di un tessuto giuridico astratto, apolitico, indifferente ai valori, costruito attraverso semplici procedimenti di logica formale. Appare evidente, in altre parole, il contenuto di politicità insito nel legalismo, « fiction désormais percée à jour », ed emerge, più in generale, il significato politico di ogni opzione metodologica.

La ritrovata politicità del pensiero giuridico, la « crise politique » di tale pensiero (7), è all'origine di un travaglio dottrinale il cui esito è rappresentato da un mutamento radicale dell'identità del giurista e del suo *munus*, mutamento che poi non è altro che il recupero di una antica nobiltà e di una dignità perduta, nel momento in cui il *juriste* torna a farsi *jurisconsulte*. La scienza giuridica, scoprendosi *science sociale*, va incontro a una rivoluzione epistemologica che ha come protagonista il *jurisconsulte* ritrovato: la « sorcellerie juridique » cede il passo a un metodo nuovo, sociologicamente orientato, basato sulla osservazione, sulla sperimentazione, inserito nella storia e nella concretezza dei rapporti sociali, fondato jheringhianamente sulla categoria del conflitto: l'attività del *jurisconsulte*, conseguentemente, non si risolve più in una analisi di carattere logico-deduttivo, ma assume la natura di uno studio tecnico della realtà sociale, compiuto utilizzando le categorie della razionalità giuridica, al fine essenziale di assicurare l'evoluzione organica del sistema, ovvero un rapporto non disfunzionale tra l'ordinamento giuridico nel suo insieme e la dimensione politica e socio-economica. Se questo è il punto di arrivo che accomuna, con qualche diversità di sfumatura, la riflessione dei giuristi « inquiets », il discrimine essenziale è rappresentato dalla scelta del punto di non ritorno, dalla decisione di quale sia il limite oltre il quale non è lecito spingere la rivoluzione

(6) *Les méthodes d'enseignement du droit*, cit., p. 314.

(7) Si veda sul tema *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III République*, a cura di C.-M. Herrera, Paris, Kime, 2003, in particolare il saggio di J. LE GOFF, *Juristes de gauche et droit social dans les années 1880-1920*, cit., pp. 13-33.

epistemologica indotta dalla crisi politica del pensiero giuridico, e soprattutto dalla volontà o meno di addentrarsi nella terra incognita di una metodologia totalmente inedita.

Le proposte di riforma elaborate dalla stragrande maggioranza dei giuristi appartenenti all'*Ecole scientifique* si mantengono ben all'interno del ventre caldo e rassicurante del solidarismo giuridico, di cui costituiscono un tentativo di traduzione nel linguaggio del diritto. La *solidarité*, portata alla ribalta dal libriccino di straordinario successo di Léon Bourgeois ⁽⁸⁾, è l'idea-forza di una dottrina il cui obiettivo è la definizione di un compromesso plausibile tra individualismo e collettivismo: la dottrina solidarista, per tale ragione, si presenta come la soluzione ideale, in grado di favorire una « transizione graduale e indolore dallo Stato-gendarme allo Stato-providenza » ⁽⁹⁾, ovvero come la formula magica grazie alla quale sembra non impossibile entrare in modo relativamente indolore nella nuova era della democrazia sociale, ritenuta da molti l'inveramento definitivo delle promesse dell'89.

Un rinnovamento metodologico che affondi le proprie radici culturali nell'*humus* politico del solidarismo non può che assumere una natura compromissoria: siamo in presenza di una 'terapia dolce', di una riflessione scientifica che si propone di rinnovare la scienza giuridica dall'interno, a partire cioè da una opzione giuridico-centrica, lontanissima dall'idea di un diritto collettivo fondato sui rapporti di forza, come pure dalle velleità iconoclaste dei più coerenti rappresentanti del giu-sliberismo. E precisamente qui sta il punto: il solidarismo crede nella possibilità di una riforma della scienza giuridica; secondo i solidaristi la metodologia classica non è totalmente inservibile, è perfezionabile, può essere ripensata e resa funzionale all'obiettivo finale, costituito dalla lettura e dall'inquadramento, attraverso le categorie della razionalità giuridica, delle emergenti istanze politico-sociali; gli idoli antichi, la « sorcellerie juridique » che ne è derivata, non vengono affatto rinnegati: subiscono soltanto un significativo processo di desacralizzazione.

L'orizzonte culturale dal quale traggono ispirazione i *jurisconsultes* è caratterizzato dalla presenza di (almeno) due personaggi fondamentali, che indicano il percorso e fissano l'orientamento: Durkheim, con il suo paradigma sociologico, e lo Jhering della metanoia evolutio-

⁽⁸⁾ La prima edizione del volume *Solidarité*, il 'manifesto' politico-sociale di Bourgeois, risale al 1896.

⁽⁹⁾ Cfr. S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, II, *Dalla contestazione al consolidamento*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 193 e ss. Il consenso eterogeneo suscitato dal solidarismo deriva dal suo carattere compromissorio, dal fatto di presentarsi come una dottrina che predica l'apertura al sociale senza per questo postulare l'abbandono del paradigma liberal-borghese consacrato dal Codice. Si veda, a tal proposito, P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 190.

nista. Da una parte (semplificando notevolmente), la lezione di Bordeaux ⁽¹⁰⁾: la scienza giuridica come mero capitolo della sociologia; il « fait social », considerato alla stregua di una « chose » come oggetto esclusivo della sociologia; il diritto, fatto storico di origine sociale, come « fait social » per eccellenza; il diritto come « chose », come dato da analizzare con metodo rigorosamente positivo, tramite l'osservazione e la sperimentazione. Dall'altra, lo Jhering del *Kampf ums Recht* e dello *Zweck im Recht*: l'essenza del diritto colta non già nella perfezione logica delle sue costruzioni, ma nella capacità di modellare schemi e concetti a seconda delle esigenze pratiche, sul presupposto che lotta, conflitto, scelta, interesse, siano le nozioni centrali del fenomeno giuridico. Infine, la critica sarcastica allo storicismo giuridico tedesco, « infelice prodotto da salottino di eruditi », prodotto di un conservatorismo sterile, che nega il diritto del divenire, ovvero nega al presente ciò che è costretto a riconoscere al passato.

È proprio la critica jheringhiana all'impostazione quietistica dello storicismo, alla sua avversione per la dimensione volontaristica, implicita nel rifiuto della legislazione, a rivelarsi illuminante. Jhering attacca il nucleo centrale del *Beruf*, rappresentato dal parallelo tra *Recht* e *Sprache*, osservando come la genesi del diritto è retta dalle categorie della lotta, del tentativo, dello sforzo faticoso, e differisce profondamente dalla libertà creativa e dallo spontaneismo che caratterizzano la lingua come altri ambiti della conoscenza. Mentre lo sviluppo della lingua o dell'arte avvengono senza alcuna violenta opposizione, lo sviluppo del diritto è dominato dal conflitto, dal confronto spesso violento tra interessi diversi, ed in esso assumono perciò un'importanza centrale le categorie dell'*agire* e del *volere*. Da tali considerazioni, è facile ricavare la conclusione che il diritto non è altro che il prodotto di una « action réfléchie devant être consciente d'elle-même, c'est-à-dire d'une action politique » (Hakim, p. 15), e quindi farsi assertori della intrinseca politicità del fenomeno giuridico.

Giunti a questo punto, i *jurisconsultes* si trovano posti di fronte a un bivio: l'alternativa tra la riforma, più o meno prudente, di una scienza e, prima ancora, di una mentalità, oppure il cambiamento radicale, la rottura definitiva, senza possibilità di ritorno. La prima strada era suggerita, forse, dalla stessa lezione jheringhiana, nella misura in cui le critiche pungenti dell'ex araldo del concettualismo non si spingevano sino al punto di abbattere le colonne portanti dell'edificio pandettistico, ma tenevano ferma la distinzione tra *Rechtsverhältnis* e *Rechtsinstitut*, cioè tra il piano del diritto come complesso dei rapporti reali tra gli uomini e il piano della scienza giuridica, come complesso

⁽¹⁰⁾ Si tratta della celebre lezione inaugurale del corso di « scienze sociale », tenuta a Bordeaux nel 1888. Cfr. L. MUCCHIELLI, *La découverte du social: naissance de la sociologie en France, 1870-1914*, Paris, La Découverte, 1998.

delle costruzioni concettuali che i giuristi elaborano nel tentativo di tradurre in formulazioni linguistiche quei rapporti, e quindi salvavano i *Rechtsbegriffe*, riconoscendo loro una qualche funzione, sia pure meramente sussidiaria. Questa è la strada imboccata, tra gli altri, da François Gény, da Raymond Saleilles, da Maurice Hauriou, da Marcel Planiol, e da molti altri artefici delle « cathédrales doctrinales » (Hakim, p. 6) nella nuova temperie culturale di fine Ottocento.

Edouard Lambert si avvia invece, solo o quasi, lungo la strada più difficile, la strada della rottura radicale. Unendo all'evoluzionismo di Jhering l'empirismo di Pollock, oltre a personali mai celate simpatie socialiste, Lambert si convince del carattere non riformabile e non perfezionabile della metodologia giuridica tradizionale⁽¹¹⁾, reclama l'uscita da una « neutralité illusoire et hypocrite pour entrer de plain-pied et de plein droit dans le jeu social » (Hakim, p. 23), e spinge la rivendicazione della politicità della scienza giuridica sino al punto di non ritorno: l'abbandono della dogmatica classica a favore dell'adozione di una « jurisprudence sociologique », di una scienza del diritto predittiva, che sostituisce gli « instruments de divination » con gli « instruments d'observation », concentrando la sua analisi sulla giurisprudenza, considerata la migliore incarnazione possibile della concezione storico-sociologica del diritto.

La *pars destruens* rappresenta sicuramente il capitolo più interessante del lungo articolo di Lambert. Se non altro per la *verve* che la contraddistingue, per la passione polemica, per l'ironia debordante che la pervade, assai lontana dallo stile asciutto, dal linguaggio sempre sorvegliato, dalla lingua di legno, degli esponenti meno eterodossi dell'*Ecole scientifique*. Il nodo cruciale è sempre il solito, presente più o meno esplicitamente nelle riflessioni di tutti i giuristi « inquieti » del periodo: definire le premesse metodologiche indispensabili per avviare la costruzione di una impalcatura giuridica capace di reggere la fragile e disarticolata struttura politica della democrazia sociale: si tratta di un appello a una « désacralisation », a una nuova « laïcisation de la science du droit compatible avec la démocratisation républicaine » (Hakim, p. 26).

Il metodo esegetico, chiamato « interprétation par les principes » è attaccato frontalmente, ma la denuncia del legalismo non si esaurisce nella sottolineatura del legame tra l'idolatria della legge e la modellistica rousseauviana del contratto sociale, e quindi nella denuncia del rapporto pernicioso che unisce il legalismo e il volontarismo con il dogma della origine rigorosamente individuale dei diritti; Lambert smaschera il fondamento esoterico-religioso del logicismo alla base dell'*Exégèse* evidenziando come tale metodo tragga la propria ragion d'essere e la

(11) È una crisi che ha luogo nel periodo compreso tra il 1900 e il 1904, anni nei quali Lambert « cesse de [...] croire en la perfectibilité d'une méthode classique qui lui semble réfractaire à la dimension politique », *ivi*, p. 14.

propria autorevolezza dalle pratiche del diritto pontificale, dalla *interpretatio iuris* romana, allorché quest'ultima, di fronte a divinità divenute ormai irrimediabilmente indifferenti alle vicissitudini umane, ha finito per smarrire l'originaria dimensione soprannaturale, sostituendo « comme garante de ses décisions, à la divinité, devenue muette, une antique loi nationale douée, de par son irréalité même, de l'aptitude de la fécondité indéfinie » (Lambert, p. 22). Di fronte all'improvviso silenzio dei numi, sino ad allora appassionati e facondi di cose giuridiche, la realtà, priva del travestimento religioso, rischiava di svelarsi in tutta la sua volgare prosaicità: l'interpretazione dei sapienti non aveva una origine sacra, non sgorgava da un'entità misteriosa di natura oracolare, ma si fondava soltanto sulla educazione tecnica, sulla ragione, sul senso di equità dell'interprete, con il risultato che la *interpretatio iuris* cessava di essere l'interpretazione della volontà giuridica degli dei, riducendosi alla stregua della interpretazione di un « vieux coutumier transformé par la foie populaire en œuvre législative » (Lambert, p. 22).

Tale esito, ovviamente, si rafforza e si consolida in epoca moderna, in special modo con l'avvento delle prime codificazioni. Il Codice consente ai pontefici moderni di ottenere un duplice risultato: elevare agli occhi dei non iniziati la dignità del proprio sapere, economizzando al massimo gli sforzi. Tutto ciò, nella misura in cui l'esistenza di un procedimento formale di produzione del diritto e di un sistema di fonti gerarchicamente organizzato conferma e fa apparire persino ovvia l'asserita natura meramente interpretativa dell'attività del giurista, rendendo per questo assai agevole l'espulsione al di fuori del circolo ermeneutico delle categoria della « découverte » e dell'« invention ».

Si tratta di un errore capitale, che Lambert denuncia con parole che vale la pena di riportare, se non altro per rendere omaggio allo stile *pétillant* del grande giurista lionese: « La vérité est que [le prudent] est obligé de faire acte d'initiative et de découverte, pour donner la réponse qu'on lui réclame. Pour se dissimuler l'existence de ces réalités gênantes et conserver même alors tous les avantages de la qualité d'interprète, le juriste moderne, à qui ses prédécesseurs n'ont pas légué la connaissance des secrets nécessaires pour interroger les éléments, évoquer les esprits ou contraindre les dieux à parler, s'est vu dans la nécessité de substituer à ces répondants, dont le crédit est usé, des idoles nouvelles plus affinées et moins accessibles » (Lambert, p. 26). Gli idoli nuovi sono, ovviamente, la codificazione, « source inépuisable de révélations juridiques, toujours douées, comme ses devancières, les législations divines, de l'aptitude à percer tous les mystères du devenir juridique et à régler indéfiniment le mouvement futur du droit » (ivi), e la « coutume immémoriale », divinità ancora più enigmatica, prodotto del consenso universale della folla e della pratica spontanea degli interessati. Il risultato di questa cieca idolatria, nella Francia post-rivoluzionaria, è l'esaltazione incondizionata della « interprétation par les principes », il feticismo della legge, l'adorazione acritica del Codice.

L'argomentare del giurista lionese ricorda molto da vicino quello degli altri grandi esponenti della *Ecole scientifique* e, prima ancora, quello, più risalente, dei rappresentanti della scuola storica francese, da Klimrath a Laboulaye a Lerminier: la critica all'*Exégèse*, del resto, è un passaggio retorico obbligato, un crocevia nel quale, prima o dopo, si incontrano tutti gli spiriti inquieti, insensibili alle suggestioni della religione del libro in salsa napoleonica: « les défenseurs les plus ardents de cette méthode conseilleraient volontiers au juriste de ne point se mêler à la vie du siècle, de s'enfermer dans la cellule du moine ou dans la cabane de l'ermitte et d'y passer ses jours à réciter et méditer les versets du Code. Qu'il ait soin de se procurer chaque année une édition nouvelle du livre saint mise au courant du mouvement des lois complémentaires. Il trouvera là, condensée en quelques pages, la somme des connaissances utiles à l'exercice de sa profession » (Lambert, p. 36).

Il metodo anti-metafisico che Lambert ha in testa fa invece della scoperta e dell'invenzione la sua stessa ragion d'essere, dal momento che il suo obiettivo non è altro che quello di assicurare l'aderenza tra sistema giuridico e dimensione politico-sociale, riducendo al minimo le incertezze e i vuoti che la dottrina tradizionale, legata alla interpretazione per principi, provoca e subisce in epoche di crisi o di particolare complessità. Ciò è possibile solo interiorizzando il metodo sociologico, ovvero studiando « les origines, les causes, la nature et la marche des multiples phénomènes sociaux qui doivent nécessairement réagir sur le droit, et en signalant aux tribunaux les conséquences juridiques qu'ils sont naturellement destinés à produire » (Lambert, p. 51); evitando quindi, come fanno i solidaristi, di rendere omaggio a Durkheim per poi continuare a percepire se stessi come « porte-parole du législateur », ovvero dell'unico oracolo rimasto, dell'oracolo desacralizzato offerto della cultura giuridica contemporanea. La scienza giuridica, distrutti i vecchi idoli, trasformata in pura *science sociale*, utilizzando una interpretazione sociologica avente ad oggetto le decisioni delle corti, diventa così una « science du choix informé, de l'analyse doctrinale prédictive ouvrant la voie non seulement à la connaissance mais également à l'action » (Hakim, p. 24).

Lambert, come dicevamo, imbecca in solitudine quasi totale il sentiero aspro del rinnovamento metodologico radicale, ma, come nota lucidamente il prefatore, non lo fa dopo aver reciso i legami con la comunità di appartenenza. Ci troviamo infatti di fronte a un'operazione tutta endo-disciplinare, espressione delle speranze, dei timori, e persino della lotta per la sopravvivenza (intesa come non rassegnazione alla insignificanza), di una corporazione dalla quale Lambert non ha nessuna intenzione di uscire. La distruzione degli idoli antichi, in effetti, persegue una duplice finalità: il recupero della dignità epistemologica della scienza giuridica, contro l'incubo della sua dissoluzione nel calderone indistinto della *science sociale*, e, prima ancora, la redistribuzione dei ruoli sul palcoscenico del diritto, ovvero il recupero dell'*aucto-*

ritas della dottrina, il riconoscimento della centralità del « *pouvoir doctrinal* » e della funzione-chiave svolta dai *jurisconsultes*.

In realtà, infatti, la riappropriazione del principio di evoluzione e quindi della genesi del diritto da parte della dottrina, postulato da Lambert per il tramite della affermazione della « *jurisprudence sociologique* », è un evidente tentativo di (ri)attribuzione di un potere, di rivendicazione di una *auctoritas*, un tempo universalmente riconosciuta, espressione a sua volta da un forte bisogno di riaffermazione identitaria. Abbandonata la « *cabane de l'ermite* » in cui l'ha costretta l'*Exégèse*, la dottrina cessa di essere la guardiana dell'ortodossia legale e finisce per diventare l'attore istituzionalmente deputato al controllo e all'indirizzo dell'interpretazione delle corti, e quindi l'organo decisivo del progresso giuridico, assicurato mediante l'elaborazione di costruzioni generali di origine dottrinale indispensabili per predeterminare le modalità di sviluppo del diritto giurisprudenziale e il corretto svolgimento della funzione storico-sociologica della giurisprudenza.

La dottrina, divenuta politicamente consapevole, continua a non poter fare a meno della tecnica; per il giurista, la tecnica resta un elemento identitario formidabile, l'unico strumento in grado di ritagliare un campo di azione autonomo per la propria disciplina, consentendole così di raggiungere un duplice obiettivo: evitare il rischio che l'interpretazione sociologica si risolva in una forma di individualismo esasperato e quindi in una sostanziale anarchia giudiziaria; metabolizzare l'ebbrezza sociologica, scongiurandone gli effetti eversivi (ovvero, come si notava, il rischio della dissoluzione della scienza giuridica), attribuendo al giudice, debitamente indirizzato dalla dottrina, il compito di leggere il sociale, incarnando in tal modo l'inedito momento sociologico della *scientia iuris*. Ed è questo, alla fine, il fondamento ultimo dell'appello al risveglio delle coscienze formulato da Lambert, il quale, infatti, non indossa vesti che non gli appartengono ma parla da professore, ovvero « *en expert d'une science irréductible à toute autre, y compris à la sociologie* » (Hakim, p. 25).

Cosa resta, alla fine, di questo lungo viaggio solitario?

Di certo, la parte più significativa, la parte dotata di una sua attualità permanente, è quella, del resto preponderante, dedicata a illustrare le ragioni dell'apostasia, intesa ovviamente come abbandono definitivo del culto degli idoli antichi. Lambert ci svela il diritto per quello che è, il « *décor théâtral d'une vie sociale sans cesse confrontée aux heurts et malheurs des antagonismes individuels et collectifs* » (Hakim, p. 32), e irride la mentalità giuridica dominante con argomenti che anticipano il giudizio tagliente di Bourdieu, richiamato molto a proposito da Hakim: i giuristi, né più né meno che meri « *gardiens hypocrites de l'hypocrisie collective* » (ivi).

Ma non meno interessante è la dimensione aporetica dell'analisi di Lambert, in particolare nella denunciata incapacità di risolvere « *l'équation cardinale du rapport de la doctrine au législateur* » (Ha-

kim, p. 30): che poi significa far emergere in superficie tutte le difficoltà di una proposta scientifica che, come le altre, meno eretiche, dei solidaristi, perseguono non di meno lo stesso obiettivo: riproporre un modello sapienziale di produzione del diritto (effetto sperato del ritorno dei *jurisconsultes*), tentando di dimostrarne la non incompatibilità logica con il principio di supremazia legale; sostenere, in altre parole, la plausibilità della funzione nomopoietica della dottrina, in presenza di un sistema di fonti gerarchicamente strutturato, come se, in realtà si trattasse soltanto di spostare il baricentro del legicentrismo rivoluzionario.

Lambert, proprio perché osa troppo, si imbatte in tutte quelle aporie teoriche che altri, più moderati e pragmatici, evitano di mettere a fuoco in maniera altrettanto implacabile. Alla fine, come al solito, tutto si risolve in una lotta per il potere, sia pure nei panni più suadenti della rivendicazione di un'*auctoritas*; ed appare chiaro quanto sia difficile per i giuristi recuperare un ruolo di primo piano sul palcoscenico del diritto, al di là del paravento della *institution* e della ripetizione compulsiva della favola ordinamentale, dopo l'affermazione di un modello giuridico assolutistico.

Lette oggi, nella contemporaneità globalizzata, il peso delle aporie che minano le pagine di Lambert sembra assai meno grave: la dimensione frammentata e interconnessa tipica della globalizzazione, con la considerevole moltiplicazione delle istanze giuridiche sovranazionali (quelle, sì, indiscutibilmente, dotate di potere...) che la caratterizza, sembrerebbe suggerire la strada da percorrere per un recupero effettivo dell'*auctoritas* perduta: ammesso che ci si convinca della bontà di un diritto sapienziale elaborato a partire da un tessuto di norme di varia natura, tutte indistintamente espressione della volontà (?) di una serie di corpi tecnocratici totalmente alieni (se non ostili) a qualsiasi forma di legittimazione popolare. O, al limite, che si accetti l'idea che gli odierni *sapientes*, i depositari attuali dei meccanismi segreti che presiedono alla genesi del diritto, sono i pratici, più o meno rampanti, delle liquidissime *law firms*. Si tratta, in un caso e nell'altro, di scenari ben poco rassicuranti, nei quali il fenomeno giuridico appare assorbito e risolto all'interno della ragione economica, dove il diritto 'liberamente' prodotto dai giuristi non è altro che l'impalcatura formale di un ordine finanziario globale che non sembra eccessivo definire anti-umano. Tuttavia, è forse l'unica forma di ritorno dei *jurisconsultes* oggi plausibile.

Viene però il sospetto che, se Lambert scrivesse in questi anni, probabilmente finirebbe per rimpiangere la « cabane » nella quale si chiudeva l'esegeta per onorare in silenzioso raccoglimento la vecchia legge generale e astratta: l'unico idolo per lui degno di culto.

GIULIO PAOLI, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)*, a cura di Mario Pisani, Pisa, Edizioni ETS, 2011, pp. 1-146.

1. Bella e originale figura di penalista fu Giulio Paoli (1879-1942): diviso tra l'accademia e il foro, profuse le sue energie nell'uno e nell'altro ambito incarnando allo stesso tempo l'immagine dello studioso colto e raffinato, dell'avvocato animato dal furore della difesa e del docente appassionato dalla didattica.

Avrebbe meritato maggiori riconoscimenti e una più salda memoria. I primi furono però fortemente limitati da un'ottusa persecuzione politica che lo costrinse a lasciare la cattedra di Diritto penale della « sua » Università fiorentina, nella quale non fece ritorno. La memoria venne invece offuscata in parte dalla sua autonomia di pensiero, che gli impedì di aderire rigorosamente a una scuola in tempi caratterizzati da un fortissimo senso di militanza, in parte dal suo atteggiamento abituato a filtrare la teoria alla luce di criteri di ragione e di buon senso, in tempi invece connotati dalla passione per le costruzioni dogmatiche.

2. Sul piano scientifico, Paoli rappresenta uno tra i più solidi studiosi che vissero la transizione dal codice del 1889 al codice del 1930: sul primo egli scrisse per i tipi della Cedam, tra il 1926 e il 1929, i *Principi di diritto penale*, ripartiti in tre volumi; sul secondo pubblicò nel 1936, con la stessa casa editrice, *Il diritto penale italiano*.

I *Principi di diritto penale* presentano una spiccata eccentricità rispetto alla manualistica del tempo. Il volume I (« Parte proemiale ») approfondisce i presupposti « di qualsiasi ordinamento giuridico penale, tutto ciò, insomma, che resta sostanzialmente integro ed identico, quali che siano le particolari disposizioni di un particolare corpo di leggi penali. Cosicché, piuttosto che trattarsi, qui, di nozioni relative ad un determinato diritto positivo, si tratta di prenozioni relative ad ogni diritto positivo penale » (Prefazione, p. XII s.).

Il volume II, pubblicato come il precedente nel 1926, e il volume III — uscito « nella calura estiva del 1929, e non certo per servire da rinfrescante » (Prefazione, p. I) — affrontano i temi della parte generale. In particolare, il volume II — intitolato come « Saggio », poiché consiste in un « principio di applicazione » che intende offrire « quanto basta per costituire elemento di valutazione e di giudizio » rispetto all'impianto e al metodo dell'opera complessiva (Prefazione, p. VI) — è dedicato alle distinzioni tra i reati (delitti e contravvenzioni, reato tipo e circostanziato, reati di azione e omissione, istantanei e permanenti, materiali e formali); mentre il volume III tratta il reato perfetto e imperfetto, unico e concorrente, doloso, preterintenzionale e colposo, i fatti assistiti da cause di giustificazione, i reati circostanziati, il reato

comune e politico, il reato perseguibile a querela o su richiesta o su autorizzazione, le pene e gli autori del reato (imputabili e inimputabili, recidivi e abituali, comuni e qualificati, unici e concorrenti).

Come si vede, ci troviamo dinanzi a un sistema fondato su un concetto di reato, inteso come fatto astrattamente punibile, approfondito attraverso assimilazioni e differenziazioni; sotto la generale influenza di atteggiamenti giusrazionalistici quanto al proemio e di una visione geometrica rispetto agli istituti di diritto positivo, può cogliersi pure una precipua attenzione per la finalità didattica dell'opera. Come avverte l'A. nella Prefazione al volume I (p. XVIII s.), il metodo espositivo da lui adottato « ha già fatto buona prova per due consecutivi anni accademici: credo, infatti, di poter assicurare, anzitutto, che la materia, così presentata, è apparsa svolta quasi nel suo ordine logico-naturale, ed inoltre che, per quanto alcune tra le questioni trattate siano indubbiamente da classificarsi tra le più ardue e severe, i giovani non hanno trovato difficoltà di sorta a rendersene immediatamente conto, ed hanno anzi dimostrato, proprio in ordine ad esse, un più vivo interessamento ».

Nel 1936 Paoli dà alle stampe, in seguito alla promulgazione del nuovo codice penale, *Il diritto penale italiano*, che costituisce un'opera quasi totalmente rinnovata in confronto alla precedente e il cui ambizioso progetto può solo intuirsi dallo spazio attribuito alla trattazione degli argomenti affrontati, che costituiscono — come spiegano i sottotitoli — i fondamenti della parte generale. Non è dato sapere di quanti volumi avrebbe dovuto comporsi il manuale ⁽¹⁾: in questo, presentato come tomo I del volume I, trovano spazio la norma penale, considerata nei profili formale, funzionale e sostanziale, i suoi destinatari e la natura sanzionatoria del diritto penale; il reato, esaminato sul piano giuridico e razionale; la pena e la misura di sicurezza; le fonti e l'interpretazione del diritto penale; l'efficacia della legge penale; la storia delle dottrine penalistiche.

L'impostazione presenta dunque una forte impronta di tipo dogmatico, allineata alle tematiche più discusse in quel tempo sotto l'influenza della dottrina tedesca (soprattutto Binding, Jhering e Beling) e italiana (soprattutto Rocco e Delitala). Il contributo di pensiero apportato da Paoli si mantiene però su note originali, in lui convivendo lo spirito dello studioso insieme a quello del « pratico » del foro, l'uno

(1) Nel necrologio di Paoli, pubblicato da Nuvoletti nell'*Annuario* dell'Università di Pavia 1944-1947, p. 385 e s. (riportato nel volume recensito a p. 144 e s.) si menziona « Il diritto penale italiano (in due volumi, rimasto incompleto), Padova 1936-1940 ». Del volume II, non citato neppure da Vassalli — sempre così preciso — nella bibliografia di Paoli inserita nel proprio necrologio in « Giust. pen. », 1942, II, c. 766 e ss. (vd. p. 137 del volume recensito), non abbiamo trovato traccia nelle biblioteche e nelle banche dati consultate.

proteso verso l'elaborazione dei concetti astratti e l'altro verso la loro semplificazione. Così avviene rispetto alle questioni dei destinatari della norma penale e della natura sanzionatoria del diritto penale e così si registra pure a proposito della scomposizione del reato nei soli elementi oggettivo e soggettivo, con un espresso richiamo a Carrara, la cui influenza va ravvisata anche a proposito della definizione di reato come « volontaria e cosciente (o quanto meno, imprudente) aggressione ad altrui giusti interessi che, impedendo o turbando il libero svolgimento dell'attività individuale o collettiva dell'uomo, colpisce il senso della sicurezza sociale e produce pubblico allarme » (p. 76). Senza indugiare sulla validità delle teorie sostenute da Paoli, una specifica sottolineatura merita il nitore e la persuasività delle argomentazioni nella costruzione interpretativa degli istituti, con un particolare riferimento a quelli relativi alla legge penale nel tempo e nello spazio.

Ma non solo. A completare questi brevi cenni sul pensiero dell'Autore, si deve aggiungere che la sua formazione di studioso, avvocato e docente gli impedisce di addentrarsi nella dogmatica pura, lontana dal senso di umanità che deve invece caratterizzare l'elaborazione del diritto penale. Già nella Prefazione egli avverte infatti che, « per quanto si affondi l'indagine in tutti gli altri rami del diritto, siano pur essi pervenuti a maggior perfezione sistematica che il nostro non abbia ancora raggiunto, certo è che in codesti altri rami manca una cosa che trova invece luogo nel nostro, assolutamente in primo piano: manca l'anima » (p. V); che « la considerazione dell'uomo è assolutamente primaria e imprescindibile nel diritto penale, laddove invece in tutti gli altri rami del diritto prevale sempre la considerazione delle cose » (p. IX); che « il diritto penale, scienza autonoma quanto altre mai, (...) è la scienza giuridica che più d'ogni altra si avvicina alla sensibilità dell'uomo, al suo spirito, al suo foro interno » (p. XVIII). La conclusione, rivolta agli studenti, è che « la scienza nostra, pur senza confondersi con la morale e con la religione, studia ed elabora concetti che sono con esse, in notevole parte, comuni » (p. XIX): questa apertura verso componenti giusrazionalistiche immanenti al diritto penale, seguita dopo poche righe dalla citazione di Carrara, ci propone la figura di Giulio Paoli come un ideale ponte tra il passato e la modernità.

3. V'è ancora un profilo scientifico del nostro Autore sul quale conviene soffermarsi.

Paoli si dichiarò sempre convinto sostenitore del tecnicismo giuridico e, d'altra parte, non poteva essere diversamente per uno studioso così appassionatamente dedito alla professione dell'avvocatura e alla sua missione di didatta. « Il diritto penale — affermerà nella Prefazione a *Il diritto penale italiano*, p. XIX — è, prima di tutto, soprattutto, scienza dogmatica, come ogni altra scienza consorella; il solo metodo che sia consentito per la sua elaborazione e per la sua

costruzione a sistema è il tecnicismo giuridico: chi irride al tecnicismo (generalmente per incomprendimento) ed ha in spregio la dommatica (generalmente per incapacità) non sarà mai uno scienziato del diritto, e, di conseguenza, neanche sarà mai uno scienziato del diritto penale». Questa posizione fu sempre sostenuta con assoluta coerenza e trovò risalto anche nelle opere monografiche, solo che si consideri *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Bologna, Zanichelli, 1924.

Ma proprio sotto questo aspetto emergono l'originalità e la modernità del nostro Autore.

Egli infatti, come peraltro la maggioranza della dottrina del suo tempo, si manifestò nettamente critico verso la Scuola Positiva, respingendone i capisaldi costituiti dalla responsabilità legale e dalla sostituzione della pena con un'indistinta sanzione (tra l'altro, nei citati *Principi di diritto penale*, I, p. 223 ss. e nel *Diritto penale italiano*, p. 221 ss.). Allo stesso tempo, tuttavia, fu tra i pochi che, pur schierati sul fronte avverso, seppero valorizzare i contributi arrecati dai sostenitori della Scuola Positiva, « non solo in quanto hanno avviato alla stasi della scienza tenendo viva, ognora, ed operante e feconda la polemica, ma anche in quanto hanno violentemente richiamata l'attenzione degli studiosi su certi istituti la cui severa importanza non può essere ormai disconosciuta da alcuno, e che, forse, senza il loro intervento, non sarebbe stata avvertita o sarebbe stata avvertita più tardi » (*Principi di diritto penale*, I, p. 224 s. e *Diritto penale italiano*, p. 223); sotto questo profilo, di Paoli si segnala in particolare il saggio *Il delitto politico secondo la concezione positivista*, in « Sc. Pos. », 1924, I, p. 354 ss.

Paoli assunse però un atteggiamento fortemente critico anche verso i « tecnicisti » che entusiasticamente avevano aderito al manifesto di Rocco del 1910, rimproverando la loro fede in un « giurismo puro », avente « per oggetto le fredde e vuote formule giuridiche, consolidate e cristallizzate in una data legislazione » (Battaglini, *Il problema della specificità e del metodo delle differenti branche della criminologia*, in « Sc. Pos. », 1917, p. 287) o in quanto sostenitori dell'assunto secondo cui « il diritto penale positivo (...) è ancora il confine inalterabile di questa scienza che non discute valori etici e politici, che non penetra il mistero dell'umanità, né offre elementi a chi ha da dettare la legge » (Vannini, *La scienza del diritto penale e la polemica fra le cosiddette scuole "classica, positiva, eclettica, giuridica"*, in « Riv. pen. », 1917, LXXXV, p. 218). Al contrario, osservava Paoli, occorre riconoscere che « il diritto ha una sostanza che è precisamente la sua propria sostanza; e che non si fa alcuna concessione a nessuno quando di questa sostanza ci si dà carico proprio nella elaborazione dogmatica del diritto; che anzi non è possibile alcuna elaborazione dogmatica corretta che si appaghi delle formule e che prescindendo dal contenuto » (*Tecnicismo giuridico e scienza del diritto penale*, in « Sc. Pos. », 1922, I, p. 5).

Invero, avendo compreso — prima di altri e meglio di altri — che il tecnicismo giuridico era solo un metodo e che i contenuti della

scienza penale andavano ricercati altrove, il nostro Autore si vedeva costretto a prendere le distanze anche dalle rigide enunciazioni di Arturo Rocco, incentrate su una distinzione tra esegesi, dogmatica e critica con un'ulteriore separazione, all'interno di quest'ultima, dei profili sociali e politici. Ad avviso di Paoli, una siffatta impostazione correva il rischio di cadere nell'equivoco di « confondere la nozione pura di diritto con la scienza del diritto. Nozione di diritto non può aversi che attraverso la norma — su ciò non può cader dubbio — ma la scienza del diritto può bene esorbitare la norma e rimanere nonostante scienza del diritto. [...] Insomma io dico che la politica criminale è assai più lontana dalla politica che non sia dal diritto penale: di quella è parte minuscola e quasi trascurabile, di questo è ausilio essenziale e poderoso. E dico che la filosofia del diritto penale è molto più vicina al diritto penale che alla filosofia » (*Tecnicismo*, cit., p. 23 s.).

Non sorprende dunque che nella Prefazione a *Il diritto penale italiano*, p. XI, egli affermi di avere « sempre detto chiaro e forte che, in nome del tecnicismo e sotto la bandiera della dogmatica, non è lecito di svuotare il contenuto del diritto penale della sua umanità, non è lecito prescindere dalla sua sostanza, che non soltanto gli è propria, ma rigorosamente esclusiva ». In queste parole si condensa infatti lo spirito dello studioso, dell'avvocato e del docente: quanto queste dimensioni fossero compenstrate in Paoli lo dimostra ampiamente il saggio *Dommatica e clinica penale*, pubblicato in « Riv. it. dir. pen. », 1936, p. 3 ss. e riportato nella monografia qui recensita.

4. E veniamo appunto a parlare di tale monografia, curata da Mario Pisani con l'acribia dello storico e la sapienza del giurista positivo.

Essa si compone, oltre che della *Prefazione* di Giovanni Flora e di un'accurata *Introduzione* dello stesso Pisani, del saggio *Io l'avvocato l'ho fatto così* (Firenze, Le Monnier, 1934), costituente una testimonianza di fede nella professione del « difensore » (« tutti i difensori debbono essere avvocati, ma non tutti gli avvocati sono difensori »), che l'Autore, confessando di averla « amato troppo », spiega perché vada intesa come funzione e come « religione ». Segue poi *Dommatica e clinica penale* (Prolusione al Corso ufficiale di Diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Pavia il 14 novembre 1935), qui in precedenza citato, che ci offre una straordinariamente viva rappresentazione della inseparabilità, in Paoli, delle dimensioni del docente e dell'avvocato: « Io cercherò di dare a voi, con tutta l'anima, quanto di migliore sia nella mia mente e nel mio spirito: contributo di studi e d'esperienza; perché la mia vita è trascorsa, equamente divisa, tra i libri e la pratica, tra il tavolo da lavoro e il banco della difesa, tra la Cattedra e la toga ». La medesima reciproca complementarità tra formazione teorica e professionale si rinviene nell'articolo *La corte di assise* (in « Giust. pen. », 1933, IV, c. 921 ss.), ove

l'Autore, con il rigore dello studioso e gli spunti fornitigli dal lavoro di avvocato, prende netta posizione a favore dell'abolizione dell'organo.

Grazie all'accorta selezione operata dal curatore, i saggi successivi registrano una prevalenza, se così può dirsi, della dimensione avvocatessa su quella scientifica, poiché affrontano problemi sul ruolo processuale e sui diritti del difensore, la cui trattazione consente a Paoli di proclamare ogni volta la sua altissima concezione del ministero esercitato: « Io considero il processo come un rito altissimo, quasi come una sacra funzione: e considero aver dignità sacerdotale tutti coloro che intervengono a celebrarla » (*La posizione di inferiorità del difensore penale*, in « Giust. pen. », 1933, IV, c. 937); « la nostra magnifica purissima toga — manto regale sempre, anche se, talvolta, camicia di Nesso » (*L'avvocato in penitenza*, in « Giust. pen. », 1936, IV, c. 129 ss.); « Non è vero nulla che il difendere sia qualche cosa di meno dell'accusare; e neanche è vero che il giudicare sia qualche cosa di più dell'accusare e difendere. Sono tutte funzioni differenti, tutte ugualmente nobili, tutte ugualmente essenziali; ma non esistono tra loro rapporti di più a meno o di meno a più » (*Oltraggi e difensori*, in « Riv. pen. », 1939, p. 499 ss.). Sarebbe però ingiusto negare ai lavori ora citati una dignità scientifica solo perché Paoli fa un più accentuato ricorso al proprio stile arguto e discorsivo: invero, l'animo e la cultura dello studioso, attento alle questioni pratiche ma non meno a quelle teoriche, prorompono da ogni pagina imponendosi al lettore.

Ampio spazio è dedicato all'arringa svolta da Paoli, nel 1932, in difesa di Sara Majorana in un noto processo che — come ricorda Mario Pisani — venne definito « mostruoso » da Sciascia (*La scomparsa di Majorana*, Adelphi, Milano, 2009⁸, p. 39). La difesa apprestata da Paoli innanzi alla Corte di assise di Firenze è davvero di godibilissima lettura; e ancora una volta si ha la misura della sua passione di avvocato, unita a capacità oratorie davvero rare.

Il volume si conclude con i necrologi pubblicati sulle maggiori riviste giuridiche in occasione della morte del nostro Autore, avvenuta l'11 dicembre 1942 a seguito di una dolorosa malattia, durata tre anni, che lo aveva costretto a ritirarsi dall'insegnamento e dalla professione. Preciso, come per lui era consueto, il ricordo di Vassalli, che di Paoli sottolinea la « personalità originale di grande pratico e di tecnico del diritto, di autentico giurista toscano nello spirito e nella forma »; ispirato da particolare affetto il ricordo di Calamandrei, che ne tratteggia l'ardore sia sulla cattedra che nelle aule dei tribunali; assai misurato il ricordo di Florian, che ne loda il « grande ingegno » ma con il rilievo che le sue opere non erano « sempre ligie ai precetti della dogmatica, cui forse il Suo ingegno era refrattario »; denso e assai elogiativo il ricordo pubblicato sugli *Annali di diritto e procedura penale*, ove i *Principi di diritto penale* sono definiti « documento imperituro della sapienza e della genialità del Paoli »; commosso, infine, il ricordo di

Nuvolone, allievo di Paoli, che pone in luce le qualità di « Maestro nel senso completo della parola, maestro di scienza e di virtù civile ».

Ed effettivamente, attraverso gli scritti di Paoli raccolti in questo volume, anche al lettore è offerta la vivida immagine di uno studioso che, con il proprio generoso e appassionato impegno, fu maestro di scienza e virtù civile.

5. Osserva Giovanni Flora nella *Prefazione* come Paoli appaia oggi, ai nostri occhi, « un moderno professore e avvocato d'altri tempi ». Non vorremmo qui indulgere alla retorica, ma leggendo la dedica di *Dommatica e clinica penale* agli studenti — insieme ai quali Paoli si propone di percorrere « le ardue ma radiose vie della scienza, quelle che debbono condurre voi in alto e tener me in alto vicino a voi » — e ad essa accostando il saggio *Io l'avvocato l'ho fatto così*, tanto il professore quanto l'avvocato, animati dall'impegno profuso nell'adempimento di un dovere inteso come missione, ci appaiono entrambi — purtroppo — d'altri tempi.

Il senso profondo dell'opera curata da Mario Pisani va dunque colto nella proposizione di un modello e di un esempio.

Un'ultima notazione crediamo doverosa. La storia della penalistica italiana meno recente — delle persone, delle idee, dei contesti — è, in larga parte, ancora da scrivere e rispetto a essa gli studiosi di diritto penale manifestano un'indifferenza giustificata anche dalla necessità di inseguire un presente difficilmente decifrabile. Ma il diritto penale non può essere compreso appieno ignorando l'evoluzione dei suoi istituti e questi non possono essere studiati prescindendo dalle idee che a essi diedero corpo e consistenza: se la conoscenza del passato è indispensabile per capire l'attualità, deve auspicarsi che alla bella monografia qui recensita facciano presto seguito nuove — e parimenti accurate — raccolte di scritti dei maestri della nostra disciplina.

SERGIO SEMINARA

PIETRO RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. I-XIII; 1-272.

Con una felice intitolazione Pietro Rescigno raccoglie venticinque saggi composti nell'arco di circa mezzo secolo ⁽¹⁾, ricerche che dise-

(1) Dalla fine degli anni Sessanta sino ai nostri giorni. Del 1968 è il saggio *Per una rilettura del codice civile*; un solo scritto, *Il giudice come legislatore nel codice civile svizzero*, ha una data più risalente (1954).

gnano percorsi storici e geografici dell'idea-codice attraverso 'incontri' mossi da passione e curiosità. L'intitolazione è felice perché ben racchiude la tensione tra la specificità dei contesti in cui i codici nascono e 'vivono' e il fascino dell'idea-codice protesa a bloccare il tempo, a porsi come formula astratta, razionale, universale, sempre caratterizzata, in fondo, dall'intima pretesa di porsi oltre la storia e la geografia. Rescigno mette a fuoco tale tensione analizzando modelli e tecniche, considerando le peculiarità delle singole situazioni, le diverse convinzioni degli interpreti, maneggiando con cautela e distacco formule spesso tanto fortunate quanto semplicistiche. La classificazione dei codici in « famiglie » e il riferimento alla « recezione » sono poste, ad esempio, in discussione nelle pagine dedicate alla circolazione dei modelli giuridici europei nel mondo latino-americano e a giuristi-legislatori come il brasiliano Augusto Teixeira de Freitas e l'argentino Dalmacio Vélez Sarsfield. Consapevole che ogni recezione è trasformazione, assimilazione, ibridazione, che classificazioni frettolose riguardo a 'filiazioni' e 'parentele' possono impedire di scorgere elementi di autonomia, che il richiamo alla continuità tecnica può essere soltanto « un formale ossequio senza contenuti di sostanza », Rescigno ci aiuta a cogliere « gli elementi di originalità » di ciascuna situazione (cfr. p. 173 e ss. per una sobria critica alla « semplicistica, e per molti aspetti approssimativa, classificazione delle 'famiglie' ») e « il valore » da attribuire nei diversi contesti alla scelta per il codice, al riproporsi dell'*idea*: « I codici civili, certamente, non sono strumento di emancipazione sociale e politica, ma alla loro base si ritrova una realtà che non può ignorare i dati della cultura popolare propria dei singoli paesi. Che in un paese si adotti in forma di codice un regime dei rapporti privati non diverso o addirittura formalmente identico o affine a quelli della precedente tradizione, come accade ai modelli dell'esperienza ispano-americana, non toglie che i codici siano stati riproposti — in particolare nel XIX secolo — in una chiave diversa. Essi apparivano, a giuristi nutriti della cultura europea (e non solamente continentale), strumenti utilizzabili in una società che voleva essere comunità di soggetti liberi ed uguali » (p. 176-177). Ed è con particolare cautela — sostenuta, del resto, dalla realistica e un po' ironica constatazione della « fioritura » di codici — che si guarda alla « decodificazione », un fenomeno su cui sicuramente riflettere per valutare la complessiva incidenza delle forme extra-legislative e il frammentarsi del diritto comune (« si spegne o si attenua l'illusione, nutrita nell'età delle grandi codificazioni, di poter fondare nella legge statutale, dotata di caratteri di generalità e astrattezza, il diritto privato comune dei cittadini », p. 15), ma senza lasciarsi andare alla tentazione di assumerla come una nuova formula astratta.

Storia e geografia disegnano dunque continuità e discontinuità dell'*idea*, sono « criterio di lettura delle illusioni, delle utopie, delle esperienze fallite, ma anche delle speranze che accompagnano ogni riflessione sulla forma-codice » (p. 9). L'*idea* ha in sé una tensione

universalistica. Evoca valori che propongono in nuovi contesti nuove speranze. L'appassionata difesa del sistema razionale del codice che Rescigno propone si lega alla continuità dell'idea e al rinnovarsi dei valori che propone; tale difesa però è sempre equilibrata dalla considerazione del contesto, continuamente rapportata « al tempo e alla situazione della società » (p. 80), temperata insomma nella storia e nella geografia. Nessuna mitizzazione dunque: il Codice civile non vive sulle nuvole, nasce e rinasce in relazione ai tempi, ai luoghi, agli interpreti. Tra « il testo » e « il lettore » (e tra il lettore e la stessa idea-codice) ci sono i fatti, i mutamenti della realtà sociale, le variegate « speranze » degli interpreti. L'invito a riscoprire i valori della codificazione illuministica (le « ideali ragioni delle codificazioni dell'Ottocento ») si lega nell'intero volume a questa controllata passione. Pur nel loro rigoroso e astratto formalismo, le codificazioni ottocentesche rappresentarono « una conquista »; « dignità, libertà, uguaglianza » sono valori che il giurista è chiamato a scorgere e a difendere in continuità con quell'idea. La difesa dell'idea è lontanissima, però, dall'esaltazione di una formula e di principi adatti ad ogni tempo e ad ogni luogo; al contrario, la capacità di ciascun codice e della stessa idea-codice di « resistere », di « tenere » è valutata in concreto, per la sua capacità di porsi come effettivo strumento di affermazione di dignità, libertà ed eguaglianza.

La difesa dell'idea (e dei valori) della codificazione è impegno civile del giurista per l'affermazione di una « legge comune ». Commentando l'art. 8 del Codice cubano che prevede il carattere supplementario del diritto civile rispetto alla legislazione speciale, Rescigno non nasconde un disappunto che non è solo tecnico: « Per il civilista che crede ancora nel codice come forma (tendenzialmente compiuta) di regolamentazione dei rapporti privati esso rappresenta — scrive — la legge comune, e sono le leggi speciali che possono derogarvi alla stregua di un principio di logica giuridica e di diritto positivo. A mio giudizio occorre riaffermare del codice civile — naturalmente nella misura in cui il codice veramente contenga una organica trama di regole generali — il carattere di prima fonte del diritto privato comune ». È questa — continua — « la maniera che appare la più coerente con la ragion d'essere dei codici civili dell'età moderna »: « La funzione del codice non è meramente suppletiva di un sistema di leggi speciali, quando queste ultime hanno bisogno di integrazione. Deve rimanere la legge fondamentale dei rapporti privati, subordinata solamente ai principi costituzionali nelle materie in cui quest'ultima fonte rilevi nella gerarchia delle fonti » (p. 205). Il codice, dunque, è (deve restare) legge fondamentale dei rapporti privati, trama di regole generali, prima fonte del diritto privato comune.

Pur presente in tutte le pagine del libro, tale convinzione non evoca affatto l'immagine ottocentesca della centralità solare del diritto comune codicistico, del codice-costituzione. La difesa del diritto comune del « mondo di ieri » nasceva dal disagio nei confronti del progres-

sivo sgretolamento della centralità costituzionale del codice: l'espulsione delle leggi speciali-sociali dall'ambito del 'vero' diritto consentiva di marginalizzare gli interventi legislativi nell'ambito del diritto pubblico e di conservare (almeno apparentemente) immutate le regole 'costituzionali' codificate. Caratterizzato dalla presenza della Costituzione, trasformato, ispirato, adeguato ai principi costituzionali, il diritto comune dei privati di cui ci parla Rescigno è « garanzia di libertà », spazio del diritto dei privati — dei singoli e dei gruppi — caratterizzato da autonomia, è legge fondamentale « coerente » con il disegno costituzionale, con le diverse necessità dei luoghi e dei tempi. Il diritto comune dei privati è, così inteso, continua « rilettura » del codice che trasforma e allarga l'orbita di diritti di libertà, uguaglianza, dignità.

È questa una possibile chiave di lettura della prima parte del volume che comprende scritti dedicati al codice civile del 1942 e in particolare all'analisi delle ragioni (buone ragioni, a dire di Rescigno) che spinsero a mantenerlo in vigore anche dopo la caduta del fascismo. Le pagine assumono qui un duplice interesse per lo storico del diritto: sono infatti attenta ricostruzione storiografica e, al tempo stesso, rilettura della 'costruzione' del codice proposta dalla generazione che si affacciava agli studi civilistici a ridosso dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Il filo conduttore della lettura di Rescigno è la difesa della scelta di mantenere in vigore il codice; un codice che non ripudiava la tradizione liberale (il riferimento alla continuità con la tradizione emerge in particolare dall'analisi del contributo di Vassalli) e si prestava — con le dovute epurazioni di profili riconducibili all'ideologia del fascismo e con l'eliminazione delle « incrostazioni verbali » che lo caratterizzavano — ad essere « pienamente compatibile » con la democrazia. Il dirigismo economico non si legava, d'altronde, alla dittatura ma al grado di sviluppo della società capitalistica, al mutato intervento dello Stato sull'economia, a un processo di trasformazione più ampio ed incisivo della volontà del fascismo di monopolizzare il codice.

L'impossibilità di legare completamente il nuovo codice civile all'ideologia del fascismo emerge, però, più che dalla lettura, dalla « rilettura » del codice. Il giurista è tenuto a « rileggere » il codice « senza ira né zelo », con « umiltà e pazienza », prestando attenzione alla capacità di talune formule di prestarsi a contenuti nuovi, testando la compatibilità — se non addirittura la « coerenza » — di taluni strumenti tecnici a offrire « idonee garanzie per l'attuazione di esigenze concrete »; esigenze concrete del nuovo sistema democratico. Il riferimento va alla costruzione privatistica dei partiti e dei sindacati come associazioni non riconosciute, una soluzione che — con un contributo essenziale offerto dallo stesso Rescigno — si rivelò coerente con l'attuazione delle esigenze di libertà e pluralismo garantite dalla Costituzione. La « rilettura » è attenta ovviamente a cogliere specificità di segno diverso, a cogliere cioè l'incapacità del codice di tenere il passo

con i mutamenti, l'impossibilità di racchiudere appieno entro il diritto comune dei privati la specificità del diritto lavoro e del diritto di famiglia. Le pagine sul punto sono significativa testimonianza della attenzione della civilistica per la specificità di ciascuna situazione e, nello stesso tempo, per la difesa del diritto dei privati dal rischio di ingerenze paternalistiche da parte dello Stato.

Il codice del 1942 è visto in continuità con un'idea meritevole di essere ancora conservata e 'riscoperta' nell'Italia repubblicana: la forma-Codice non è per niente superata ed è da apprezzare, al di là della bontà dei suoi schemi logici, per la forza dell'idea di libertà, uguaglianza, dignità; valori che la 'rilettura' del codice è tenuta ad affermare in modo coerente con il testo costituzionale. Continuità con la tradizione e rilettura compongono un discorso sostanzialmente unitario. La continuità cui Rescigno fa riferimento non è quella tecnica del formalismo (tutte le pagine sono caratterizzate dalla consapevolezza che nel nuovo contesto le norme vecchie sono chiamate ad assumere significati nuovi): la continuità che Rescigno tiene ad evidenziare e a difendere è allora una continuità ideale, la continuità dell'idea e dei valori della forma-codice, la tensione al diritto comune dei privati come strumento di libertà, uguaglianza e dignità.

L'assorbimento della « rilettura » (della rilettura del codice nel contesto costituzionale) entro la tradizione sottostima probabilmente la discontinuità operata dalla civilistica più sensibile degli anni cinquanta e sessanta nella considerazione del diritto comune dei privati e nella stessa idea di codice, nel modo di intendere la forma codice. La discontinuità — ed è una discontinuità, occorre aggiungere, di cui l'intera opera dello stesso Rescigno è testimonianza — è data dall'affermazione di una tensione ideale, dall'aver ricondotto un codice 'vuoto' a un'idea.

Il codice civile del Regno d'Italia del 1865 era rappresentato come un codice nazionale, come il diritto comune a tutti gli italiani. La retorica nazionale sosteneva il codice, legittimandolo e limitandolo. Il codice del 1865 innova, fornendo un diritto comune civilistico, ma gioca con forza la carta della continuità con il passato: in continuità con la tradizione italiana sono i suoi principi e i suoi caratteri sia quelli derivati dal modello napoleonico (un modello — si afferma — a sua volta ricalcato su un diritto nostro, il diritto romano), sia quelli espressione di un specificità nazionale. Il diritto comune del legislatore del 1865 era in fondo semplice dichiarazione di un diritto (da sempre) comune agli italiani. Utilizzata soprattutto per rendere immutabile il codice, per porlo al riparo 'sopra inaccessibile roccia' dalle trasformazioni di fine secolo, la retorica della « italianità » non mancò di offrire argomenti anche a quanti esigevano una sua trasformazione per renderlo veramente corrispondente al nuovo volto di tutta la nazione e non solo di una parte di privilegiati. La tensione ideale che caratterizza il codice del 1865 indennizzata ad affermare di un diritto comune italiano,

un diritto veramente « nostro », di cui mitizzare o rivendicare continuità con il passato, rispetto a cui misurare garanzie dei cittadini e aperture universalistiche. Molto probabilmente anche l'apertura universalistica offerta dall'art. 3 del codice (assenza di riferimento al principio di reciprocità) era da misurare sulla necessità di rendere immediatamente operativa l'unità nei confronti di quegli italiani che in quel momento — nel 1865 — erano ancora in « terra straniera ». Comunque sia, la tensione al diritto nazionale, al diritto comune a tutti gli italiani costituiva indubbiamente il punto aggregante del codice del 1865, l'idea attorno a cui disegnare o mettere in discussione il codice.

Il codice civile del 1942 (o, meglio, le argomentazioni poste a difesa del codice del 1942 per garantirne la conservazione) è invece privo di « tensioni ideali ». Non poteva più offrirle l'idea di nazione, logorata dal nazionalismo fascista, quella di legalità e di diritto comune uguale (difficile da esaltare dopo l'aberrazione della leggi razziali), non la solidarietà corporativa. Il codice resta in piedi difeso come codice della tecnica, della scienza impermeabile alla politica, capace di isolare i suoi principi dalla contaminazione della politica. Merito della civilistica più sensibile degli anni cinquanta e sessanta è di aver realizzato una discontinuità profonda con questa tradizione, di aver « riempito il Codice », di aver ridefinito il diritto comune dei privati (un diritto comune dei privati alla ricerca — nello spirito della Costituzione — di libertà, uguaglianza, dignità).

Probabilmente la discontinuità rispetto alla tradizione operata dalla civilistica nei primi decenni dell'Italia repubblicana non è sottolineata abbastanza nel libro; a ben vedere però l'insegnamento che i diversi saggi trasmettono è comunque proprio la micro-discontinuità realizzata ogni giorno dagli interpreti, dal confronto umile, paziente, senza ira, con il testo, e con la stessa idea di codice; un'idea impossibile da scorgere se non si è sorretti da « tensioni ideali » adeguate ai tempi.

La chiusura dell'ultimo saggio (« Codice civile europeo. Un copione recitato fuori tempo? ») è, da questo punto di vista, significativa: « Porre oggi il problema di un codice civile europeo significa discutere in termini attuali un tema nobilmente avvertito e in larga parte realizzato dalla borghesia. Ma comporta anche un rischio: senza le tensioni ideali di un tempo — che nascevano dal contrasto tra lo spirito popolare e l'autorità, il mondo laico e la norma religiosa, il costume e il regolamento imposto, l'uguaglianza promessa ai cittadini e le discriminazioni fondate sull'appartenenza alle classi, ai ceti, agli ordini corporativi — può accadere di recitare fuori di un superato contesto, un vecchio copione » (p. 250). Fausto Caggia, nella nota del curatore, rileva che Rescigno chiude il volume con « disincanto e ironia ».

Il libro ci invita a cogliere le reciproche implicazioni di « storia e geografia » e a scorgere, in relazione a tale interazione, illusioni, progetti, idealità, tecniche. Il filo conduttore della ricostruzione è l'individuazione delle diverse speranze di volta in volta ricollegata a « un'i-

dea ». Giova allora chiudere non con il disincanto ma con la speranza di letture e « riletture » del diritto comune dei privati ispirate — come accade in questo libro — ai principi di libertà, uguaglianza e dignità. Ne abbiamo più che mai bisogno a fronte di una lunga ondata neoliberalista che sta proponendo una rappresentazione del diritto comune dei privati che, come nelle codificazioni dell'Ottocento, si presenta sempre più spietata, astratta e formale, disegnata senza spazio né tempo, senza storia e geografia. Una rappresentazione sempre più lontana dal diritto comune dei privati che le pagine di Rescigno ci invitano a esplorare, comprendere e difendere.

GIOVANNI CAZZETTA

MARIO SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Saggi di diritto amministrativo n. 24, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1-385.

Proprio nel periodo in cui, nella storia d'Italia unita, più basso è il senso di appartenenza allo Stato e di identità nazionale (secondo recenti dati tre cittadini su quattro non si sentono appartenere alla comunità nazionale), in tema di regolazione dei flussi migratori lo Stato italiano ha assunto il volto autoritario dello Stato di prevenzione, producendo una scissione profonda tra la disciplina amministrativa e le fondamenta costituzionali.

Il libro di Mario Savino descrive l'evoluzione giuridica della disciplina dello straniero in Italia, sotto il profilo dell'assetto costituzionale e, soprattutto, amministrativo. E lo fa da un'angolazione originale, ricostruendo storicamente la disciplina e delineando il percorso storico che, per buona parte, ha seguito lo sviluppo più generale del diritto pubblico nei suoi tornanti principali, per poi, verso la fine del Novecento, allontanarsi e seguire una strada impervia, quella della divaricazione tra libertà costituzionali e diritto amministrativo dell'immigrazione, che conduce verso la crisi del diritto e del processo democratico.

Il libro di Mario Savino è importante sotto numerosi profili: si tratta di un'opera seria, non un 'compitino' concorsuale, ben costruita e ben argomentata; il volume si avvale di una ricerca di base molto solida, è scritto in modo accattivante e contiene spunti originali.

Caratteristica principale dello studio monografico è l'utilizzo del metodo storico. Il libro segue un approccio diacronico ed è costruito su tre diversi paradigmi: quello nazionale (a sua volta articolato in sotto-paradigmi, dalla fine dell'Ottocento agli anni Ottanta dello scorso secolo), quello della de-nazionalizzazione, quello della ri-nazionaliz-

zazione (come si vedrà nel prosieguo, questi due, in parte, si sovrappongono temporalmente).

L'a. ha scelto, dunque, di procedere attraverso un'analisi diacronica e di ricostruire l'evoluzione della disciplina legislativa e amministrativa sugli stranieri dal XVII secolo ai nostri giorni. Questo gli consente di evidenziare le grandi cesure storiche e i caratteri distintivi dei diversi passaggi evolutivi e, soprattutto, di costruire la trama del libro su un doppio intrico di simmetrie e di giochi di specchi.

Innanzitutto, il volume è edificato su due ordini simmetrici e su due richiami al passato. L'apertura delle frontiere europee ai cittadini in possesso della cittadinanza europea richiama il paradigma liberal-cosmopolita della prima legislazione unitaria: nella seconda parte dell'Ottocento la circolazione è in larga parte libera e l'attraversamento dei confini privo di ostacoli. In secondo luogo, le misure fortemente restrittive adottate nel corso dell'ultimo quindicennio dal legislatore nazionale si ricollegano all'età liberale e all'età fascista e, cioè, alle età in cui sono state fortemente sacrificate le libertà degli altri sull'altare dell'interesse pubblico dello Stato-persona.

Attraverso quest'approccio trova tra l'altro conferma, anche in questo settore, la tesi della continuità tra Stato liberale e Stato fascista e tra Stato fascista e Stato costituzionale. Si tratta di una tesi già avanzata in studi di storia del diritto amministrativo, ma che riceve una validazione importante nello studio di Savino. In tema di limitazioni alle libertà degli stranieri, infatti, le basi furono introdotte dal liberalismo autoritario di fine Ottocento e primi del Novecento. Le misure di polizia speciali furono introdotte nel 1889: respingimento alla frontiera ed espulsione per motivi di ordine pubblico. Si afferma la primazia dell'interesse pubblico dello Stato attraverso fattispecie ablatorie (particolarmente indicativa, in tal senso, è la trattazione del caso dell'avvenente signorina Sordoillet).

In questa parte della trattazione sono molto interessanti le pagine sulla natura del c.d. incolato: alla contrapposizione tra tesi privatistica e pubblicistica (con quest'ultima che riteneva non sindacabile dal giudice, in quanto atto politico, gli atti di espulsione), Ranelletti tenta, invece, nell'ambito della teoria pubblicistica, di ricostruire la tesi dell'incolato come interesse legittimo, sindacabile dal giudice amministrativo.

Nello Stato liberale, dice Savino, la legge può limitare la libertà fin dove l'interesse pubblico lo richiama. A seguito della prima guerra mondiale e dell'acuirsi dei nazionalismi e dell'accresciuto rilievo dello *status* di cittadino, le misure fasciste di repressione delle libertà degli stranieri non solo seguono il solco tracciato in epoca liberale, ma rafforzano e accentuano le ipotesi e le tipologie di prevenzione. Ma se una continuità sostanziale tra età liberale ed era fascista è, per certi versi, comprensibile, ci si attende molto meno che non vi sia una reale cesura tra età fascista ed era repubblicana, dati anche i contenuti della

Costituzione del 1948, in radicale rottura con l'epoca precedente. E invece trova conferma l'ipotesi della continuità amministrativa, che viene corroborata e alimentata da una giurisprudenza amministrativa che si potrebbe definire *bouche de la loi*, ma per nulla della Costituzione.

Emblematico, in tale direzione, è il caso del signor Starkov, un russo profugo venuto in Italia quando aveva quattro anni e mantenutosi apolide, che viene espulso improvvisamente dopo aver superato i trent'anni senza alcuna motivazione. In sede giurisdizionale, il Consiglio di Stato avalla l'operato dell'amministrazione, ricostruendo il provvedimento sostanzialmente espulsivo come revoca di un permesso di soggiorno non previsto dalla legislazione, non essendo all'epoca il soggiorno dello straniero sottoposto a un atto autorizzatorio. Molto interessante qui è la ricostruzione giuridica compiuta da Savino: si mostra come la dichiarazione di soggiorno (*ex art. 142 del TULPS del 1931*), mero atto di certificazione, viene ricostruita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in palese rottura con il principio di legalità e in piena epoca costituzionale, quale provvedimento di autorizzazione. In tal modo, il ricorso a un vero e proprio provvedimento autoritativo discrezionale all'ingresso e al soggiorno mostra chiaramente come anche l'ordinamento repubblicano avesse virato (anche in modo più severo rispetto alla precedente epoca) verso una presunzione di pericolosità dello straniero.

Tutto ciò con l'avallo della Corte costituzionale. L'esempio più significativo è dato dalla sentenza n. 104 del 1969: l'eguaglianza in astratto tra cittadini e non cittadini nel godimento dei diritti fondamentali deve fare i conti con l'esistenza di « differenze di fatto » che possono giustificare disparità di trattamento. Il cuore della disciplina, dunque, è sempre e solo la legge, nonostante la Costituzione repubblicana.

Una volta descritte le epoche liberale, fascista e costituzionale, che l'a. raccoglie quali fasi della nazionalizzazione del diritto amministrativo, Savino dedica la seconda parte del volume alla descrizione di due universi paralleli con i quali ci confrontiamo nell'epoca contemporanea: una sorta di *sliding doors*.

Da un lato, il processo di de-nazionalizzazione per i cittadini europei, operato dalla disciplina europea; dall'altro, il fenomeno della ri-nazionalizzazione nei confronti degli stranieri extra-comunitari, determinato dalla legislazione statale dell'ultimo quindicennio, che fortemente compresso le libertà degli altri.

Con la cittadinanza europea la libertà di ingresso e soggiorno prevale sull'interesse pubblico; viene rifiutata l'accezione 'idealistica' di ordine pubblico e viene a dissociarsi, dunque, la nozione di ordine pubblico da quella di ragion di Stato; l'ordine pubblico può essere invocato soltanto se un accertamento attuale e concreto della pericolosità del soggetto lo renda possibile.

Fa da contraltare la disciplina nazionale sugli stranieri extracomunitari, in seno alla quale la disciplina *ante e post delictum* è costruita attorno a quattro caratteristiche principali.

Un'amplissima discrezionalità, soltanto marginalmente sindacabile (negazione o revoca dei visti di ingresso e permessi di soggiorno, espulsione prefettizia, espulsione ministeriale), ovvero un azzerramento della discrezionalità (misure di prevenzione *post delictum* fissate *ex ante* dal legislatore, senza accertamento in concreto della pericolosità dell'autore del reato).

La riscoperta e la valorizzazione di misure amministrative coercitive in funzione di contrasto dell'immigrazione irregolare (accompagnamento coattivo alla frontiera, respingimento differito e in alto mare, trattenimento nei CIE), le libertà dello straniero irregolare — afferma al proposito Savino — vengono attratte all'interno di un labirinto giuridico, dal quale si esce soltanto se si accetta l'esclusione dal territorio italiano.

Il processo di amministrativizzazione sia delle misure obbligatorie sia di quelle coercitive: è l'amministrazione, e non il giudice, che ha le chiavi della libertà dell'extracomunitario.

L'ambivalenza degli interventi dell'Unione europea nel diritto dell'immigrazione. Per i cittadini europei si passa attraverso l'accertamento della pericolosità, dell'applicazione stretta del principio di proporzionalità, della protezione umanitaria dei migranti. Ma l'approccio funzionale dell'Unione rivela i propri limiti nella tutela della libertà personale degli extracomunitari, poiché le ragioni dell'effettività conducono verso la suddetta amministrativizzazione. È proprio tale tipo di approccio dell'Unione europea che contribuisce ad accentuare il carattere ordinario della detenzione amministrativa, estendendone la durata fino a un anno e mezzo, con conseguente fortissima tensione con il principio dell'*habeas corpus*.

Savino conclude nel senso che « il prodotto dello Stato nazionale di prevenzione è un diritto amministrativo che cerca più di proteggere lo Stato dai flussi di migranti, che non le libertà di questi ultimi dal pubblico potere ». Di qui la conseguenza che il diritto amministrativo dell'immigrazione è attualmente un diritto privo delle basi costituzionali.

Nel seguire il metodo diacronico e storicistico il libro sconta necessariamente il seguente difetto: gli istituti vengono esaminati in relazione allo sviluppo in una determinata epoca, poi abbandonati e ripresi per l'epoca successiva, a distanza talvolta di molte pagine. E c'è anche da rilevare che i fenomeni della de-nazionalizzazione e della ri-nazionalizzazione sono presentati in via sequenziale, ma sono entrambi presenti nella contemporaneità e, sotto il profilo temporale, si sovrappongono parzialmente. Ciò posto, il criterio diacronico consente all'a. di seguire al meglio la tesi principale, che consiste, come detto, nel travolgimento dell'idea di Stato da parte dell'ordinamento europeo e

dal rigurgito dell'autorità statale a prezzo della scissione tra diritto amministrativo e Costituzione.

Ci sono altri tre punti dell'opera di Savino che vale la pena di segnalare brevemente, quali profili problematici e di possibile futuro approfondimento. È ben descritto l'aggiramento normativo e giurisprudenziale del principio di proporzionalità a seguito dell'uso strumentale della discrezionalità amministrativa (o molto ampia o troppo stretta). È evidenziato, nel rapporto tra Corte costituzionale e giudice amministrativo, come la Corte costituzionale abbia avuto un atteggiamento deferente e debole sulle misure di prevenzione, mentre più significativa e penetrante è la giurisprudenza costituzionale sul riconoscimento dei diritti sociali degli stranieri. È analizzato il rapporto tra Unione europea e Stati nazionali, attraverso una lettura pro-europeistica: c'è da chiedersi, al proposito, quale atteggiamento assumerebbe l'Unione europea se dovesse svilupparsi un'ipotesi federativa.

In conclusione, quello di Savino è un libro che si staglia nell'attuale produzione monografica, in quanto induce a riflettere sia sotto il profilo del metodo storicistico prescelto, sia sotto quello dell'approccio problematico all'analisi sostanziale.

ALDO SANDULLI

Vidas por el Derecho, ed. Esteban Conde Naranjo, Madrid, Editorial Dykinson — Universidad Carlos III, 2012, pp. 1-569.

La duda, a estas alturas, sobre la dignidad historiográfica de la biografía se antoja fuera de lugar. A nadie (o a casi nadie) se le ocurre ahora impugnar la posibilidad de que la reconstrucción del pasado pueda realizarse también a través del relato específico de la vida de quienes lo protagonizaron (Incluso por medio del relato de la vida de uno sólo de ellos). La biografía es, por tanto, historia, eso sí, una historia claramente subjetiva, que coloca sin disimulo al sujeto, a *un* sujeto, en el centro del relato histórico, no sólo como protagonista sino como objeto de éste. Otra cosa — y no menor desde luego — será plantearse qué sujetos, qué personajes son importantes para esa reconstrucción eminentemente subjetiva del pasado, o cómo debe hacerse una biografía verdaderamente histórica (asumido que puede haber algunas que no lo sean tanto). Una biografía, como decimos, que contribuya, en definitiva, al mejor conocimiento del pasado (que es de lo que se trata cuando uno mira hacia ese *país extraño*, por decirlo con Lowenthal). En definitiva, estamos convencidos de que los problemas en torno al encaje de la biografía en la historia, de aquella como género de ésta, no son hoy día constitutivos o esenciales sino más bien de método; dicho de otro

modo: no son problemas o cuestiones sobre el ser (historia o no, la biografía) sino acerca de cómo debe ser (la biografía para ser considerada historia) ⁽¹⁾.

La dignificación de la biografía como género histórico es bastante reciente. Su confinamiento en un territorio literario propio la alejaba (minusvalorada por supuesto) de la historia científica y académica, por un lado, y la acercaba, por otro, como sabemos, más por estilo que por otras circunstancias, a los géneros dominados por la imaginación. Que hayan saltado por el aire — y no nos referimos a los efectos de la novela (o *novelita*) histórica — las divisiones basadas en el par realidad/imaginación, habría contribuido desde luego a desubicar — y por tanto a reubicar — a la biografía desde el punto de vista literario, sacándola de ese lugar peculiar (a medio camino) en el que se la situaba. Pero sin duda la recolocación mayor (de la biografía) ha venido propiciada por otros motivos. En los últimos años, hemos asistido a un fenómeno, por otra parte previsible: la historiografía está de vuelta, nadie lo discutirá, de muchas de sus exageraciones. Algunos de los planteamientos historiográficos del XIX y sobre todo del XX, de los Annales en adelante, fueron eso: un poco exagerados. Se hicieron de ellos, porque se prestaban con facilidad a que fuera así, lecturas radicales y rígidas, que dejaban poco resquicio a los matices y a las excepciones. La historiografía de inspiración marxista, por ejemplo, de los años sesenta y setenta difícilmente admitía un sujeto (de la historia) que no fuera colectivo, que no tuviera, a poder ser, la condición de clase o cosa parecida ⁽²⁾. Bien es verdad que algunas de las corrientes destacadas de este mismo periodo — y hay que pensar especialmente en la microhistoria de Ginzburg y Levi — hicieron mucho, indirectamente y a su manera, por la reivindicación de la biografía. Plantearon que el individuo existía y que era el protagonista de la historia — y no sólo: sino que *cualquier* individuo podía serlo —, algo evidente pero desconocido o incluso combatido por muchos. Este retorno desde planteamientos, insistimos, exagerados, habría traído moderación y habría traído consigo a algunos

⁽¹⁾ Sobre el estado de la biografía en España y su encuadramiento historiográfico, véase el último número de la revista «Ayer, Revista de Historia Contemporánea», 2014 (I), núm. 93, que dedica su dossier (coordinado por Isabel Burdiel) a *Los retos de la biografía*, pp. 13-135, destacando el texto de Pedro Ruiz Torres, *Las repercusiones de los cambios culturales de la modernidad en el modo de pensar la biografía*. También de Ruiz Torres, que ha prestado especial atención a la cuestión, véase *La biografía y los personajes olvidados de la historia*, en E. HERNÁNDEZ SANDOICA, A. LANGA, *Sobre la historia actual. Entre política y cultura*, Madrid, Abada, 2005, pp. 165-202. También véase el volumen colectivo, *El otro, el mismo. Biografía y autobiografía en Europa (siglos XVII-XX)*, J. C. Davis, I. Burdiel (eds.), Publicacions de la Universitat de Valencia, 2005.

⁽²⁾ Sobre la clase y la historia, véase G. ELEY, K. NIELD, *El futuro de la clase en la historia. ¿Qué queda de lo social?*, Publicacions de la Universitat de Valencia, 2010.

de los desplazados fuera del campo de lo que se consideraba propiamente historia. Entre estos desplazados estaba el género biográfico ⁽³⁾.

Vidas por el Derecho, el volumen reseñado aquí, participaría, pues, de este ambiente general propicio a lo biográfico que dura ya algunos años. Sería en concreto una manifestación de la irrupción de la propuesta biográfica en el campo de la historia del Derecho. Por supuesto, una incorporación a esta tendencia, la de la historia del Derecho a la biografía, bastante tardía, al menos en el caso español y, hasta donde nos alcanza, en otros muchos países europeos. Este retraso no sería más que una muestra, o una constatación del habitual (y llamativo) aislamiento metodológico de la historia jurídica respecto de la historia en general, de esa incomunicación existente entre quienes se ocupan, no debe olvidarse, del mismo pasado aunque sobre perspectivas u objetos de éste distintos. Por eso hay que saludar positivamente esta incorporación a la biografía de los historiadores del Derecho en la medida en que podría propiciar, como efecto colateral, la aproximación mutua de ambos mundos historiográficos para otros empeños y otras empresas.

Es notorio que en el campo de la Historia del Derecho — al menos en España —, el interés biográfico habría sido bastante limitado, circunscribiéndose a estudios genéricos o tipológicos, no centrados en personajes concretos, sino, por ejemplo, en profesiones u oficios jurídicos, o incluso — todo un subgénero — a las notas hagiográficas (*in memoriam*), siempre laudatorias, habituales en muchas revistas jurídicas, dedicadas la mayoría de las veces a profesores universitarios. Con este pobre bagaje, es evidente que es mucho, prácticamente todo, lo que queda por hacer en el campo de la biografía jurídica.

En esa dirección hay que computar diversos proyectos que en España capitanea Carlos Petit y de los que da cumplida noticia Esteban Conde en la escueta « Nota del editor » con la que se abre el libro. Unos proyectos sucesivos y concatenados en el tiempo [« Vidas por el Derecho. Métodos, carreras e ideologías de juristas europeos (ss. XVIII-XX) », « Ciencia y Universidad en Andalucía. E-Catálogo de Catedráticos, 1857-1944 » y « De la enseñanza a la ciencia del derecho. E-Catálogo de Catedráticos 1857-1944 »], que han comenzado a dar frutos, además de este propio volumen, alguno tan concreto y *útil* como el Diccionario *on line* de Catedráticos de Derecho españoles albergado en la Universidad Carlos III de Madrid (que puede consultarse libremente en http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos).

(3) Acerca de esta reivindicación del individuo y de su consideración biográfica, véase A. MORALES MOYA, *La historia "con personas"*, en E. HERNÁNDEZ SANDOICA, A. LANGA, *Sobre la historia actual*, cit., pp. 75-86.

Como decimos, la escueta nota del editor del volumen (también autor de uno de los textos) informa concisamente sobre el origen de la mayoría (no de todos) los trabajos reunidos y de la razón o del propósito compartido que los agrupa. No da muchos más detalles. No sabemos si es porque prefiere dejar al lector el descubrimiento total de estos, sin procurar condicionamientos de ningún tipo, o es porque, con seguridad, deja claro que a todos, en mayor o menor medida, les anima el mismo afán biográfico. Eso sí, entendido éste, muy ampliamente. Quien se golosee o se tema que va encontrar sólo en los once textos reunidos biografías lineales de juristas — es decir, comenzadas con un « nació en » y finalizadas con un « murió en » —, de al menos cuatro países (España, Portugal, Alemania y Francia), verá de inmediato que yerra, con la sola lectura de los títulos de los textos en el índice. Y es que *Vidas por el Derecho*, hay que pensar que proponiéndoselo y no por casualidad, muestra la versatilidad y la riqueza de la biografía como género histórico-jurídico.

Los distintos trabajos, que aparecen ordenados, tras el primero — éste, como ahora diremos, de carácter claramente metodológico —, principalmente aunque no sólo por el dato de la nacionalidad de sus autores, podrían agruparse, no obstante, en nuestra opinión, en cuatro categorías temáticas. En primer lugar, habría tres *clásicamente* biográficos, es decir consistentes, en el relato más o menos lineal y progresivo de la trayectoria vital de un personaje, en este caso de tres juristas; a saber: « Miguel de Manuel y Rodríguez (1741-1798) », 'el malogrado' », de Esteban Conde, « Biografía intermitente de Miguel Ayllón Altola-guirre », de Jesús Vallejo, y « La grandeza de Louis Jossierand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la III^a República francesa », de Frederic Audren y Catherine Fillon. En segundo lugar, otro grupo de trabajos abordaría cada uno de ellos lo que podría denominarse como un perfil biográfico, es decir, una tipología profesional o intelectual que permite la identificación de varios sujetos concretos; serían dos los trabajos que integrarían esta categoría: « La vida de los desembarcadores durante la crisis, las reformas y la revolución liberal en Portugal (1750-1820) », de José Subtil, y « Perfil del jurista romántico español (1834-1855 ca.) », de Clara Álvarez Alonso. El tercer grupo lo conforman textos que se pueden calificar como *instrumentales*, por lo que tienen de ejercicio metodológico en cuanto al uso de algunos de los medios o instrumentos de los que puede valerse el biógrafo-historiador; serían tres: « Las Novelas y la escuela. Vidas de textos y biografía (colectiva) de la Historische Rechtsschule », de Cristina Vano, « En los orígenes de la comparación jurídica: la correspondencia de Carl Joseph Anton Mittermaier », de Aldo Mazzacane, y, por último, « Biblioteca, archivo, escribanía. Portrait del abogado Manuel Cortina », de Carlos Petit. Finalmente, la cuarta y última categoría, un tanto amplia (y forzada, hay que reconocerlo, por nuestro afán clasificatorio), podría denominarse como *biografía de ideas* o *conceptos* más que de personas

(aunque éstas, las personas, no lo olvidemos, son las que sostienen aquellas, por mucho que se independicen y cobren vida propia, más allá de quienes las crean y las utilizan); tales trabajos serían dos: « La génesis del mercado de las ideas: la Aeropagítica de John Milton. Su recepción en la tradición jurídica norteamericana: Oliver W. Holmes y la Primera Enmienda », de María Nieves Saldaña, y « Libertad, derechos naturales y 'multiculturalismo' en el pensamiento de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) », de Cristina Nogueira da Silva. Nada de esto, de los contenidos específicos del libro y de cómo podrían clasificarse, se dice en la introducción que opta, como hemos señalado, porque sea el lector el que saque sus propias conclusiones y no por suministrárselas desde el principio.

La escasez de la presentación del editor también puede explicarse por el primer texto que encabeza propiamente el volumen, en el que se lleva a cabo la ubicación metodológica (historiográfica) de la biografía jurídica, y del que es autor Sebastián Martín. Un texto que se nos antoja imprescindible, más allá de este libro, para la ubicación de la biografía como género histórico-jurídico. En su opinión, la entrada de los juristas en la biografía, como objeto de ésta, habría venido propiciada por lo que denomina la « democratización del biografiado » — aunque tal vez hubiese sido más pertinente hablar de popularización de éste —. Cuando se logran romper determinadas barreras de clase — lo cual como sabemos tiene una explicación historiográfica reciente, con planteamientos, aunque no sólo, como el ya aludido de la microhistoria —, es cuando los juristas también empiezan a ser objeto de interés biográfico. Acceden estos a la biografía, si se nos permite la expresión, por la puerta de servicio y como lo que son por lo general — así los califica Martín —: « intelectuales de media talla ».

Más allá del descubrimiento de algún mediterráneo que otro (como que la valía objetiva del biografiado no garantiza el mérito del biógrafo, es más, puede poner de manifiesto su incapacidad o su torpeza para acometer esta tarea ⁽⁴⁾), Sebastián Martín se encarga de ofrecer un verdadero vademécum de aquello en lo que no puede incurrir, por tratarse de incorrecciones o corrupciones, el autor de una biografía jurídica (aunque bien podría decirse de cualquier biografía, sea jurídica o no). En este sentido, su propuesta fundamental es la *liaison* entre el biógrafo (el trabajo de éste) y el biografiado (la vida de éste). Así, alerta del peligro de incurrir en la que llama la « metodología del individualismo creador » y que consiste en una inaceptable pérdida

(4) En este sentido, véase nuestra reseña a Alberto MONTORO BALLESTEROS, Rosa M^a MONTORO RUEDA, *F. Candil, Rector de la Universidad de Sevilla durante la II República*, Sevilla, Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones, 2012, 377 pp., en « Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad », II 2012, 15, pp. 202-206.

(por parte del autor de la biografía) de perspectiva, que le puede llevar a atribuir originalidad (e incluso genialidad) a las opiniones o teorías de un individuo cuando bastaría con levantar la mirada de éste y su obra para ver que son ampliamente compartidas en su época y que distan mucho de eso que se llama una creación genuina. Ello no implica restar valor alguno al personaje biografiado sino que exige situarlo exactamente en su tiempo y en su contexto (que es, al fin y al cabo, de lo que se trata en una biografía digna de tal nombre). Como muy bien señala Martín, la especificidad del aporte del personaje biografiado no puede ni debe presumirse de antemano, requiriendo siempre la concesión de credenciales de originalidad una ardua labor probatoria de contextualización histórica y de careo con otros textos contiguos y homólogos. Su opción por la biografía total, más allá de disyuntivas metodológicas a la postre siempre banales, es evidente y le lleva a poner en cuestión, por empobrecedor, tanto el planteamiento tradicional, que divide el relato en dos partes (la vida académica y el pensamiento del autor), aunque admite que puede conservar cierta legitimidad estilística y pedagógica, como la metodología biográfica de inspiración marxista que no resolvería los problemas de ésta al utilizar unos marcos político-económicos demasiado generales. El enfoque más adecuado y ajustado — y lo compartimos —, con el apoyo de Walter Benjamin y Clifford Geertz, debe ser más micro, más específico, circunscrito a concretas y diferenciadas esferas productivas de la sociedad (por ejemplo, la determinada por el Derecho).

La última parte del texto de Sebastián Martín, antes de su conclusión, está dedicada a la aportación específica que el jurista historiador puede hacer al mundo de las biografías. En su opinión, hay un par de prevenciones a tener en cuenta por éste, por el jurista historiador, si verdaderamente quiere aportar algo original en este campo. En primer lugar, debe administrar bien la influencia de la que denomina la « biografía de historiadores », es decir, no debe recorrer necesariamente el mismo camino que éstos, celebrar si se quiere un « matrimonio de conveniencia » metodológico, pero trabajar desde la autonomía de lo jurídico. Sólo desde ahí, desde esa especificidad, pueden ofrecerse aportaciones realmente originales. En segundo lugar, previene también, y de forma más acusada, contra las biografías de juristas realizadas por los dogmáticos del Derecho. El carácter tramposo de los resultados que obtienen — como cuando se meten a historiadores — de esta tipología de autores es evidente y conocido. Su afán principal es encontrar en el pasado las coartadas con las que soportar el presente. Con este mismo fin y planteamiento, afrontan la biografía, convertida casi siempre e inevitablemente en una hagiografía del personaje y, lo peor, de ellos mismos. Frente a estos modelos a evitar plantea un 'ideal' de biografía del jurista, inspirada en las recomendaciones histórico-filosóficas de Gilles Deleuze y basada en la especificidad intelectual de aquél, como expresión, remata, de unas reglas

institucionales, sociales, políticas y discursivas concretas. Tras este recorrido, ofrece su conclusión que, a nuestro modo de ver, tiene un afán fundamentalmente clasificatorio sobre la biografía jurídica o del jurista. En su opinión, ésta debería entrar de lleno en el campo de lo que denomina la historia del pensamiento jurídico — mejor, a su parecer, que en la llamada historia de la cultura jurídica de impronta tarelliana, con la que no parece estar muy conforme — y de lo que describe como « la reconstrucción más material de las instituciones, escenarios y normas » con las que el biografiado tuvo que convivir y bregar.

Los trabajos reunidos en el libro responden con más o menos fidelidad a la propuesta metodológica de Sebastián Martín. Tampoco se trataba de que fuera así. La reflexión de éste es independiente de los resultados que se ofrecen en los textos aquí agrupados. Sí hay, no obstante, que reconocerle a estos, en su conjunto, algo que desmiente la desigualdad en su calidad que suele ser nota habitual en las obras de carácter colectivo. El nivel medio de todos los trabajos reunidos, más allá de gustos e intereses particulares y con independencia de alguna excepción que luego señalaremos, es bastante homogéneo. Y sobe todo permite hacerse una idea acabada de las posibilidades de la biografía jurídica, entendida de un modo amplio y variado, hasta el punto de poder clasificarlas como hemos propuesto anteriormente. De ese orden, y no en cómo aparecen en la obra, nos valdremos para la sucinta referencia crítica que queremos hacer a continuación a cada uno de los textos.

La primera categoría, hemos señalado, está integrada por los tres estudios de índole biográfica más nítida y clásica de todos los que figuran en la obra. El trabajo de Esteban Conde (« Miguel de Manuel y Rodríguez (1741-1798) », 'el malogrado'») tiene el interés de ocuparse de uno de esos marginados (para la posteridad) que producen las coautorías, por el hecho de figurar en segundo lugar en las obras escritas conjuntamente (que es el caso de este Miguel de Manuel postergado por Ignacio de Asso). Sin adornos y sobriamente, reconstruye con solidez y relata con solvencia la vida de este personaje, una vida fundamentalmente, la que nos cuenta, intelectual, la propia de un jurista erudito de la época. Si con algo hay que quedarse, desde el punto de vista propositivo, es con la condición de secundario del personaje elegido y las posibilidades que ello ofrece desde el punto de vista biográfico.

El extenso texto de Jesús Vallejo (« Biografía intermitente de Miguel Ayllón Altolaguirre »), el de mayor número de páginas de todos los publicados, responde también a esa categoría de biografía *propia-mente hablando*. Se trata, en este caso, de la biografía de un jurista periférico, de provincias, siendo este aspecto subrayado convenientemente ya que ilumina algunas de sus vicisitudes vitales. Es una biografía además completa (desde el nacimiento hasta la muerte) y bastante pormenorizada, un texto en el que resulta reconocible además el

estupendo estilo narrativo del autor, que hace que todos sus trabajos nunca parezcan menores ⁽⁵⁾. Especialmente atractiva (y convincente) es su reflexión final sobre los personajes secundarios en la historia y la pertinencia de su acceso a la biografía, en la medida en que sirven a la perfección a la reconstrucción de lo colectivo (mediante la contemplación de lo individual).

El último de los trabajos que hemos situado en este capítulo de las biografías clásicas es el de Frederic Audren y Catherine Fillon sobre Louis Josserand (« La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República francesa »). Quizá sea el texto que mejor encarna la llamada biografía jurídica, sin incurrir — es uno de sus méritos — en un tratamiento plano y previsible. Nos encontramos ante uno de los más importantes juristas franceses de la primera mitad del siglo XX, en la estela o a la altura de nombres como Saleilles, Geny o Ripert, con repercusión y reconocimiento internacional, fuera de Francia, lo que logró, y es uno de los aspectos que se subrayan en el trabajo de Audren y Fillon, desde Lyon, desde la provincia. Quizá una de las aportaciones más sutiles y originales del texto sean algunas exploraciones psicológicas del personaje, nada habituales (ni previsibles) en este tipo de biografías jurídicas.

La segunda categoría de trabajos la constituyen los que hemos agrupado bajo el rasgo común de ocuparse de un perfil biográfico, consistente bien en una profesión jurídica bien en las características genéricas de los juristas en un determinado periodo. En concreto, son los textos del portugués José Subtil [« La vida de los desembargadores durante la crisis, las reformas y la revolución liberal en Portugal (1750-1820) »] y de la española Clara Álvarez Alonso [« Perfil del jurista romántico español (1834-1855 ca.) »]. El primero es claramente la biografía de una profesión, el desembargador, una suerte magistrado de los tribunales de apelación portugueses del periodo considerado, figura sobre la que hubiese venido bien situar mínimamente al lector no portugués al inicio del texto. El trabajo resulta, hay que reconocerlo, muy enriquecido con las biografías concretas de algunos desembargadores. Por su parte, el texto de Álvarez Alonso puede considerarse más un ejercicio *cercano* a la biografía: su objetivo es fijar las características del jurista, en tanto que intelectual, en un periodo tan definido como el romántico. Igual que en España, como lugar común, se dice, con más o menos fundamento, que no hubo (mucha) Ilustración, ni (muchos) ilustrados, sí hubo Romanticismo y muchos románticos. El empeño tiene el inconveniente de partida de la relación un tanto refractaria entre el movimiento romántico y el Derecho — en los términos, como recuerda y analiza — en que planteó la cuestión Carl Schmitt en

⁽⁵⁾ Véase su reciente recopilación, J. VALLEJO, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Editorial Dykinson — Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

Politische Romantik (1919). Tras realizar una extensa presentación del Romanticismo y sus implicaciones en la política y el Derecho, reconoce y justifica el carácter acentuadamente jurídico del Romanticismo español. Y es esta tesis precisamente, sobre el Romanticismo jurídico español, la que trata de verificar biográficamente, mediante tres autores de la época: Gómez de la Serna, Pacheco y Seijas Lozano, para terminar ocupándose del « programa del jurista romántico », cuya máxima expresión sería aquella que considera como la « obra más romántica »: el Proyecto de Código Civil de 1851 — debido a la labor del protojurista romántico conservador que fue Florencio García Goyena —.

Los trabajos que hemos colocado en el tercer grupo los hemos denominado *instrumentales*, ya que su principal virtualidad — pueden tener (y tienen) otras — es la de constituir solventes ejercicios metodológicos, en cuanto al uso de algunas de las fuentes (o instrumentos) de los que puede (y debe) valerse el biógrafo-historiador. El primero de estos trabajos sería « Las Novelas y la escuela. Vidas de textos y biografía (colectiva) de la Historische Rechtsschule », de Cristina Vano. Su propuesta metodológica es clara: el estudio de los archivos y de los epistolarios de los juristas de la Escuela Histórica (con Savigny a la cabeza), tan intenso y tan desarrollado en los últimos años, se ha mostrado como una de las mejoras estrategias para conocer este auténtico movimiento jurídico-intelectual, en el sentido más preciso del término. Las relaciones de quienes lo protagonizaron, a través de un conocimiento profundo de sus vidas y de sus trayectorias, es un medio eficaz para detectar aquello que le da consistencia como escuela o movimiento: la existencia de unos objetivos e intereses comunes y de unos modos de hacer compartidos. Para ello, propone la pertinencia y la utilidad de los trabajos de arqueología documental — reconstruir contactos, dice, « persiguiendo el intercambio de libros, manuscritos y noticias, ojeando cartas y considerando el modo en que la correspondencia era utilizada, copiada, coleccionada y archivada » —, muchas veces despreciados como ejercicios en pos de una erudición hueca, pero que en su opinión, en el caso de la Escuela Histórica, permitirían « simular el funcionamiento del sistema circulatorio que mantenía unida » a ésta. Todo en aras, en definitiva, de una suerte de biografía colectiva.

También como un texto de clara impronta o vocación metodológica ha de considerarse « En los orígenes de la comparación jurídica: la correspondencia de Carl Joseph Anton Mittermaier », de Aldo Mazzacane. El autor es perfectamente consciente de que el título de su trabajo, así lo advierte expresamente al inicio de éste, puede llevar a pensar que se trata sólo de una contribución erudita al estudio de cómo se conformó el Derecho comparado en el siglo XIX. El trabajo es eso desde luego pero también mucho más. En primer lugar, brinda una importante reflexión de cómo el elemento biográfico puede ser determinante para conocer los orígenes de una disciplina jurídica. Ello

conlleva o presupone, obviamente, una determinada concepción del Derecho, que Mazzacane no oculta: «una estructura cultural, un sistema de representaciones y prescripciones entrelazado con otros sistemas sociales, y que el saber relativo al mismo equivale a la construcción de un espacio discursivo desde el cual y en el cual adquieren significado nociones y conceptos». Y en segundo lugar, de cómo, en correspondencia justamente a esta concepción del Derecho y de las disciplinas jurídicas, la correspondencia, los epistolarios de los juristas pueden revelarse como una fuente preciosa de conocimiento. Despliega también una interesante reflexión sobre el género epistolar al tiempo que realiza una, incluso emotiva, defensa de la carta (perdida ya definitivamente como un coste de ese *progreso* que representan los e-mails y los sms), y de las que destaca como constituyen « un auténtico filón de noticias biográficas y de minuciosas puntualizaciones, a menudo inaccesible por otras vías », a cuya mera consideración y estudio habrían llegado los historiadores del Derecho una vez más tarde y recientemente ⁽⁶⁾. Además de estas valiosas consideraciones metodológicas — muy útiles resultan las pautas de lectura con las que aconseja abordar los epistolarios —, en las que aparece la brillantez habitual de Mazzacane, se ocupa también de reconstruir la actividad intelectual de Mittermaier y de cómo propició el nacimiento de un Derecho comparado sin conciencia de disciplina, antes como práctica jurídica que como saber autónomo.

El último trabajo incluido en este tercer grupo, de textos metodológicos, sería « Biblioteca, archivo, escribanía. Portrait del abogado Manuel Cortina », de Carlos Petit. Éste comienza con una confesión provocadora, como tal un tanto impostada, a caballo entre la renuncia y la impotencia, sobre su incapacidad para escribir otra vez una biografía, el relato de una vida (algo que debería preocuparnos sin duda al provenir de alguien tan capaz, de alguien tan demostradamente capaz en estas lides). Rápidamente nos tranquiliza con unas pocas y ajustadas páginas (apenas siete) de aproximación metodológica al género biográfico y a sus claves, que complementan muy bien las de Sebastián Martín y los pasajes de Vallejo y Mazzacane de la misma índole que ya hemos destacado. En éstas ofrece una guía del biógrafo, una de cuyas claves debe ser la de evitar a toda costa el riesgo de identificarse excesivamente con su biografiado. Acepta la fórmula de Borges de reconstruir la vida de éste, del sujeto elegido, a través de sus libros, entendidos estos como extensión de la memoria y de la imaginación, si bien adaptando este planteamiento a la realidad de su personaje: un hombre sin libros escritos. En este caso, partiendo de la idea de que cada cual es

⁽⁶⁾ Alguna excepción habría, sin embargo: véase de Carlos PETIT su trabajo sobre Max Radin: *Cartas romanísticas. Estudio y edición, con una nota de lectura sobre California y el Derecho romano*, Napoli, Jovene, 2001.

responsable de su biblioteca, de sus libros leídos o sólo poseídos, el trabajo del biógrafo se convierte en arqueología, así lo señala Petit, de un patrimonio personal o, directamente, cuando consiste ese patrimonio en libros, en bibliografía, en el sentido más literal de la palabra. Petit no sólo lo propone sino que lo hace en el caso del prácticamente ágrafo Manuel Cortina (1802-1879), hombre público (diputado, ministro, presidente del Congreso) pero por encima de todo abogado, uno de los más reputados letrados españoles del periodo isabelino, asesor de reyes, financieros e industriales. El vaciado de la vida de Cortina a través de algunos de los objetos de su patrimonio y, sobre todo, de su biblioteca y de su archivo demuestra lo mucho que se puede hacer, biográficamente hablando, con estos elementos *materiales* tantas veces despreciados.

Finalmente, el cuarto grupo de trabajos es el que resulta más extravagante (y un tanto desconcertante) en el contexto del libro — precio a pagar, parece que inevitablemente, en casi todas las obras colectivas, incluso en una tan cuidada como ésta —. Como tal, como extravagante hay que considerar, de una parte, el texto de de María Nieves Saldaña « La génesis del mercado de las ideas: la Aeropagítica de John Milton. Su recepción en la tradición jurídica norteamericana: Oliver W. Holmes y la Primera Enmienda », ya que es el menos biográfico, en el sentido estricto del término, al tratarse no de la biografía de un personaje sino de la de un concepto o una idea, « mercado de las ideas », y en concreto si su origen estaría en Milton o en Holmes. Por su lado, el trabajo de la portuguesa Cristina Nogueira da Silva, « Libertad, derechos naturales y ‘multiculturalismo’ en el pensamiento de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) », sobre algunas ideas de este importante prócer portugués, es el más endeble de los textos del volumen, incurriendo precisamente en algunos de los defectos o errores sobre los que alertan Martín, Vallejo, Petit o Mazzacane en las páginas vecinas.

« Escribir la vida sigue siendo un horizonte inalcanzable, y sin embargo ha estimulado desde siempre el deseo de contar y de entender. Todas las generaciones han respondido al desafío biográfico. Una tras otra han movilizad el conjunto de herramientas de análisis que tenían a su alcance ». Con estas palabras se inicia el importante (y conocido) estudio de François Dosse, *Le pari biographique. Ecrire une vie* (7). Parece que los historiadores del Derecho han aceptado ahora este reto biográfico. Como les suele suceder, lo han aceptado con ese retraso habitual con el que normalmente proceden respecto de las cuestiones historiográficas y metodológicas. Que ello sea producto de su aislamien-

(7) F. DOSSE, *Le pari biographique. Ecrire une vie*, París, La Découverte, 2007; la traducción española es de poco después, *El desafío biográfico. Escribir una vida*, Publicacions de la Universitat de Valencia, 2007.

to o, si se prefiere, de su autonomía, no toca enjuiciarlo aquí. Lo que sí toca es dejar constancia de que *Vidas por el Derecho* nos informa de que el desafío biográfico ha llegado a la historia del Derecho. Y de que ha llegado para quedarse y para ser enfrentado.

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

Segnalazioni

Grandi riformatori a confronto: Pietro Leopoldo e Giuseppe II nel 1784.

1. È un prezioso testo leopoldino dell'estate 1784 quello che due settecentisti di valore indiscusso, come Derek Beales e Renato Pasta, ci offrono oggi, in una pregevole edizione critica, preceduta da due acuti saggi introduttivi e corredata di una bella scelta di illustrazioni e di un accurato indice dei nomi (Pietro Leopoldo d'Asburgo Lorena, *Relazione sullo stato della Monarchia* (1784), Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2013, pp. XXXII; pp. 134).

Si tratta di un testo redatto in italiano, ma viennese, sia per la collocazione archivistica, sia per l'occasione di redazione, il soggiorno nella capitale dell'impero nel luglio 1784, sia infine per il contesto di riferimento: non la piccola Toscana granducale, ma la grande Monarchia austriaca.

Va subito detto che gli spunti che il testo offre sono innumerevoli, così come innumerevoli sono i diversi registri di scrittura utilizzati nella *Relazione*, la cui materiale stesura si deve al cancelliere Gaetano Stefani.

Il testo inizia come gustoso resoconto di viaggio e subito si anima di strade, di carrozze, di locande di sosta, di teatri, di ricevimenti, offerti lungo la via da Firenze a Vienna. Prosegue attraverso una illustrazione, in presa diretta, della vita di corte, con la millimetrica scansione della giornata, delle abitudini, delle passeggiate, delle cerimonie, dei salotti di conversazione che accolgono Giuseppe II e, in forma più discosta, il fratello minore, ma anche con i suoi vizi e le sue non poche e non piccole turpitudini, affidate ad una celebre descrizione in codice cifrato in appendice alla *Relazione*. Si impegna nella delineazione di complesse strategie matrimoniali, che riguardano in primo luogo il primogenito di Pietro Leopoldo, Francesco, all'epoca solo sedicenne, destinato a succedergli nel 1792 alla guida dell'impero, come Francesco II. Non rinuncia neppure a descrivere, con qualche vena romantica, inconsueta per questo genere letterario, il primo incontro del giovane delfino con la sua promessa sposa, Elisabetta di Württemberg, in giardino, a Laxemburg, « per levar di mezzo ogni imbarazzo » (p. 17). Riprende subito il tono serio per condensare le linee educative ed individuare i precettori del giovane principe. Acquisisce i lessici tecnici indispensabili per illustrare lo stato di avanzamento delle grandi fabbriche e dei grandi lavori dell'impero, fornendo un colpo d'occhio di straordinaria vivezza su ospedali, fortezze, giardini, scuole, collezioni d'arte, gabinetti

di fisica. Spazia nelle descrizioni dei luoghi, dalla reggia di Laxemburg, alla Hofburg, a Schönbrunn, al Belvedere, allo Josephinum. Inanella una vera e propria galleria di ritratti, brevi, secchi, inappellabili, di grandi uomini di Stato e di scienza, come Rosenberg, Kaunitz, Hatzfeld, Colloredo, Martini, Sonnenfels, ma anche di sconosciute persone di servizio, domestici, cancellieri, istitutori.

Siamo di fronte ad un genere politico-letterario preciso, che aveva già conosciuto un precedente 'imperiale' di notevole significato, le *Riflessioni generali sugli Stati della Monarchia*, nella redazione autografa leopoldina del 1778-79; ma pure ampiamente praticato nei confini granducali, dalla *Relazione sui dipartimenti e gli impiegati* del 1773, alla ponderosa e progressiva stratificazione delle *Relazioni sul Governo della Toscana*.

Ed infatti, le analogie non sono poche. Lo stile leopoldino, che passa intatto dalle pagine autografe alle sintesi cancelleresche, minuto, spesso pedante, maniaco dei dettagli, nella descrizione di luoghi, contesti, situazioni; severo, supponente, sbrigativo, nei giudizi sulle persone. Ma soprattutto si ripete la delicata ambivalenza dello stesso genere letterario. Certo, in questo testo, con sullo sfondo il grande palcoscenico dell'impero, c'è in sovrappiù un teatrale gioco delle parti, sottolineato sin dal titolo della sua introduzione, dalla finissima citazione shakespeariana di Derek Beals: « a counterfeit presentment of two brothers » (Amleto, atto III, scena, IV). Presentazione, ritratto, raffigurazione di due fratelli, quindi, ma ritoccabile, adattabile alle circostanze, attraverso un accorto mestiere di detto e non detto, di interpretazione, di palese, ovvero velata, addirittura taciuta, confessione, persino di simulazione e di falsificazione.

Quando si toccano le questioni della Monarchia e della Famiglia imperiale, l'esposizione in chiaro si mescola all'esposizione cifrata della già ricordata appendice dedicata alle *Cose particolari scritte in cifra* (pp. 120-25), oppure al succo di limone, chiamato a sostituire l'inchioostro, nella celebre 'Professione di fede' della lettera leopoldina alla sorella Maria Cristina del 25 gennaio 1790, che precede di poche settimane la morte di Giuseppe II.

Non c'è dubbio, la *Relazione* è tutta costruita su « the double-edged perspective », attentamente messa in luce da Renato Pasta (p. XXI), e le questioni di famiglia possono essere calibrate in vario modo, secondo il ruolo ed il gioco dei protagonisti ed attraverso una variegata graduazione di accenti, che passano così dal confidenziale al riservato, dal segreto al segretissimo.

Eppure, accanto alle parti soggette alla riservatezza tipica della delicatissima geografia dinastica, questo genere politico-letterario è anche dossier informativo, memorandum operativo, memoria di governo, da condividere con consiglieri aulici e di Segreteria. Ed è, soprattutto, *livre de chevet*, preziosa raccolta di dettagliate istruzioni per il

successore, oppure — come appunto nel caso di questa *Relazione* del 1784 —, per lo stesso principe redattore.

Il genere politico-letterario cessa quindi di essere unitario; si frammenta, nello stile, nel linguaggio, nei modi di redazione, nei destinatari. Può addirittura convivere con limitate forme di pubblicità, come nelle *Relazioni sul Governo della Toscana*, che nella loro fase finale giungono ad intersecare il vero e proprio *compte rendu* del *Governo della Toscana sotto il Regno di Sua Maestà il Re Leopoldo II*, effettivamente stampato nel 1790 per i tipi di Gaetano Cambiagi, o la preparata, ma mai diffusa, *Minuta di notizie da spandersi tra il pubblico*, che avrebbe dovuto accompagnare il varo definitivo del progetto costituzionale.

2. Le corpose analogie di genere politico-letterario con importanti testi toscani non devono comunque far velo sulle notevoli differenze e sulle intrinseche peculiarità di questa *Relazione* del 1784.

Rispetto all'angusta prospettiva granducale, si assiste ad un vigoroso allargamento dell'orbita, ad un improvviso salto di scala. Militare e politica estera occupano così nella *Relazione* una centralità del tutto sconosciuta al privilegiato laboratorio toscano: un privilegio che Giuseppe stesso non manca di sottolineare al fratello, come a rimproverargli una sorta di sin troppo agevole 'canonicato'.

Emergono così le alleanze, le relazioni diplomatiche, i legami privilegiati — soprattutto la Russia di Caterina II —; la radicata diffidenza verso la Francia; il continuo sospetto nei confronti della Prussia; la sorprendente sottovalutazione della forza inglese, che qui appare irrimediabilmente fiaccata dalla recente perdita delle colonie americane, ben lungi, a loro volta, da approdare ad una prima soggettività internazionale; la questione della Baviera, i Paesi Bassi, e naturalmente l'Ungheria, la Boemia, il Milanese e, con la consueta minuzia, la situazione dettagliata delle diverse province austriache.

Si tratta di questioni cui Pietro Leopoldo dedica ampia attenzione, ma con un senso, talvolta manifesto, di sostanziale inferiorità per la posizione dell'Imperatore, le sue attitudini militari, le sue relazioni privilegiate: esattamente quell'arte di governo che anche Francesco deve iniziare ad imparare, lasciando definitivamente Poggio Imperiale e le sin troppo rassicuranti ville toscane per la corte di Vienna.

L'intesa tra i due fratelli sembra completa: anche sull'abolizione della « secondogenitura di Toscana » si sono trovati d'accordo: una questione, in realtà, su cui Pietro Leopoldo ha ceduto alla « più gran premura » del fratello (p. 104), ma il dissidio viene celato sotto uno sbrigativo silenzio, quasi una certa reticenza della *Relazione*.

In questo caso, la riservatezza del testo non è sufficiente a far emergere la radicata convinzione di Pietro Leopoldo che « la Toscana non può divenire una provincia della Monarchia austriaca », come sei

anni più tardi scriverà Francesco Maria Gianni, ad appena quattro giorni di distanza dalla morte di Giuseppe e quando ormai a Firenze si lavora all'istituzione del Consiglio di Reggenza. Quella convinzione che porterà il principe, appena salito sul trono imperiale, a distruggere il documento siglato il 6 luglio 1784.

Aperto, franco e problematico è invece il confronto, di grandissimo interesse, con il piano degli interventi riformatori. La *Relazione* è infatti anche un sintetico e ragionato sommario delle riforme giuseppine. Assetti istituzionali, ordinamento delle cancelliere e dei dipartimenti, *Staatsrat*, Camera dei Conti, politica ecclesiastica — a partire dalla *Toleranzpatent* sino alla soppressione di conventi, ordini religiosi, tribunali vescovili —, questione dei protestanti, abolizione della servitù, libertà di commercio, catasto, « nuova montatura delle Dogane », « fabbriche », stabilimenti ...: l'indice della *Relazione* è un vero indice di cose notevoli.

Degno di nota particolare è l'attento esame dedicato agli interventi sul « Sistema degli Affari Giudiziari » (p. 29, p. 75), con quel primo tassello dell'*Entwicklung zum Rechtsstaat*, costituito dall'affermazione del principio di indipendenza del giudice e da una prima separazione di affari giudiziari e amministrativi. E così la legislazione criminale, cui alacremente già si lavora in vista di quella *Kriminalgerichtsordnung* e dell'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, che seguiranno di pochi mesi la pubblicazione, il 30 novembre 1786, della *Legislazione criminale toscana*.

Su tutto domina il grande proposito di uniformità della politica giuseppina: « le vedute generali dell'Imperatore per il suo governo interno sono: [...] d'introdurre in tutte le sue parti un sistema interamente uniforme ed uguale in tutte le provincie della Monarchia, esclusa solamente l'Italia e i Paesi Bassi, ed abolendo in conseguenza qualunque convenzione, concordato, statuti e privilegi di qualunque provincia e qualunque privilegio o esenzione, che avesse nello Stato, e qualunque specie di persone, anche che fosse a titolo oneroso; a questo effetto tira ad abolire tutti li Stati, titoli, ed incumbenze loro, adunanze, deputati, privilegi, diete ecc. » (p. 74).

Uniformità e uguaglianza sono termini ricorrenti nel testo, connotano in profondità la politica giuseppina; sono il motivo del « male umore nel pubblico » (p. 77) e degli stessi funzionari, dopo la celebre *Lettera pastorale* di sei mesi prima; sono soprattutto la causa della contrastata applicazione delle riforme, in una realtà tipicamente multinazionale, eterogenea, intimamente plurale, come quella dell'impero, e proprio per questo pervicacemente resistente ad accogliere obiettivi di uniformazione.

È qui — ce lo illustrano sapientemente i due curatori — uno dei nodi storiografici più interessanti e problematici che la *Relazione* dischiude.

Emergono le differenze ed il confronto tra le due grandi esperienze di *Settecento riformatore* che i due Asburgo imperiosamente animavano, con sullo sfondo quel sentiero francese — ancora inavvertito nella *Relazione*, ma non in altre frequentazioni letterarie leopoldine, coeve o di poco successive — che di lì a cinque anni si sarebbe aperto nella grande fiumana della Rivoluzione.

La riservatezza del testo, sempre ambivalente, sempre parziale, sempre piena di precauzioni verso un possibile diretto sguardo giuseppino, non consente di aprire finestre sul progetto costituzionale leopoldino, del resto in fase di stallo al momento di redazione del nostro testo.

Solo l'attenzione, particolare e partecipe, alle vicende di Ungheria, la presa di distanza dall'autoritarismo dell'Imperatore, « che non aduna più né vuole mai più adunar la Dieta, o sia convocazione dei Stati della Nazione per deliberare sopra gli affari della medesima, sentire i suoi gravami e domandare i sussidi in denari, di cui ha bisogno il governo, la qual Dieta è di Costituzione » (p. 55), fanno intuire, la profonda, radicale, diversità di prospettive.

Si tratta di spunti da riprendere, non solo e non tanto per il percorso toscano, ma per quei fili che Leopoldo, ormai *König und Kaiser*, dimostrerà di tessere anche dopo aver lasciato Firenze, prendendo le mosse da quel voluminoso cartone « che va a Vienna » ed in cui aveva condensato tutti i suoi appunti costituzionali, ma che dovevano ora intrecciarsi con l'antica costituzione cetuale dell'impero, che da Sonnenfels a Kollowrat gli veniva rappresentata e che, nondimeno, il principe, come dimostra la *Relazione*, aveva ben presente sin dal 1784: un altro ponte lanciato verso il *Frühkonstitutionalismus* di primo Ottocento e l'accidentato itinerario mitteleuropeo che stancamente si avviava tra *Konstitution* e *Verfassung*, lungo mille rivoli di continuità tra 'antico' e 'nuovo'.

BERNARDO SORDI

Global Polity: le difficili strade del diritto nell'arena globale.

Un interrogativo di sapore biblico introduce il pubblico italiano all'ultima sintesi di Sabino Cassese sui temi del diritto globale (*Chi governa il mondo?*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 138, edizione italiana di una precedente versione inglese dal titolo *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, 2012): occasione provvida di serrata discussione sulle questioni di ricerca più controverso, messe in campo, ormai da alcuni anni, da un *network* internazionale che ha trovato proprio in Sabino Cassese uno dei principali animatori.

Il lettore non deve attendersi risposte a tesi, né versioni moncausali, né tantomeno raffigurazioni immaginifiche della globalizzazio-

ne. Al contrario, in queste pagine asciutte, dallo stile secco ed icastico, che procede per risposte successive ad un crescendo di interrogativi, si sviluppa un'affascinante scommessa conoscitiva di puntuale concretezza.

Oltre il tradizionale dualismo tra diritto internazionale e diritto interno, di Heinrich Triepel come di Dionisio Anzilotti, ma anche oltre il monismo kelseniano, si passa al setaccio uno spazio giuridico globale, quasi inosservato sinora alla lente degli internazionalisti: uno spazio che non confligge con il diritto della condotta degli Stati e dei consolidati soggetti del diritto internazionale, ma che pure lo trascende, ponendosi oltre la consueta regola *pacta sunt servanda*. « Global rather than international », come già aveva preconizzato Benedict Kingsbury in un celebre articolo fondativo del 2009: ovvero oltre ed al di là della sovranità e dei tradizionali protagonisti del sistema moderno degli Stati. Non è un caso che nel volume la sovranità sia abbandonata per la governance; la costituzione per l'amministrazione; la legge per gli standard; la giurisdizione per la regolazione. Così come l'aspirazione del giurista occidentale, dal '500 in poi, per il centro, l'unità, l'ordine, lasci il posto ad un intrinseco e variegato policentrismo, in cui né un *Imperator*, né una norma fondamentale, né un sistema sono individuabili, mentre le tessere del mosaico vanno ricercate con un paziente lavoro analitico. Eppure, una giuridicità, per quanto tenue ed alle prese con la sua difficile giustiziabilità, nondimeno si definisce, e prime forme di legittimazione, specialmente di tipo procedimentale, anticipano qualche tratto se non del *Rechtsstaat*, inseparabile anche semanticamente dalla dimensione statutale, certo della *Rule of Law*.

Non tutto è inedito. Qualche traccia ottocentesca è rinvenibile nelle prime Unioni Internazionali: una novità che non era sfuggita già all'epoca ai giuristi europei, che da Lorenz von Stein a Pierre Kazansky, sino al nostro Umberto Borsi, avevano iniziato a parlare di « diritto amministrativo internazionale ». Ma la dimensione planetaria del presente e l'irreversibile superamento di quel dominio coloniale che era consustanziale al sistema ottocentesco degli Stati, rendono il globalismo attuale segnato da caratteri e dimensioni mai solcati in passato.

Il termine *Global Polity*, con il suo etimo classico, promette forse più di quanto possa in effetti assicurare. Allude ad una *politia universalis*, ad un *civilliter vivere* che sia in grado di transitare verso lo spazio globale, ad una antropologia politica in grado di trascendere non solo l'itinerario della modernità — dalla città allo Stato —, ma addirittura dallo Stato ad una comunità senza confini. In realtà — come queste pagine ci illustrano — una sfera pubblica internazionale resta problematica; la democrazia cosmopolitica un lontano miraggio. Quella *Global Polity* è dunque qualcosa di meno di un compiuto ordine giuridico. Eppure, per quanto questa resti « imperfetta ed incompleta », i suoi spezzoni di giuridicità si originano dal premere di inediti bisogni e di sempre più gravi problemi globali, che esigono regolazione e disciplina

e, soprattutto — come ci ricorda conclusivamente l'autore (p. 132) —, stanno « avanzando incessantemente, con estrema rapidità » e richiedono perciò che su di essi si concentri lo sguardo attento del giurista.

BERNARDO SORDI

Il vocabolario della politica nell'età della tarda democrazia.

È una silloge imponente quella che Lorenzo Ornaghi ci offre sotto un titolo di grande potere evocativo: *Nell'età della tarda democrazia. Scritti sullo Stato, le istituzioni e la politica* (Milano, Vita e Pensiero, 2013, p. 385). Una silloge che seleziona e raccoglie scritti degli ultimi venti anni, in larga misura dedicati ai grandi concetti della politica: Stato, Politica, Obbligo politico, Rappresentanza politica, Bene comune, Corporazione, Eguaglianza, Gruppi di pressione, *Élite*... Il lettore ha in mano ceselli di autentica *Begriffsgeschichte*, profondamente radicata in una storia comparata dell'ordine politico, ma pure costantemente aperta al dibattito ed alle prospettive attuali: una vera e propria cassetta degli attrezzi, di raffinato impianto concettuale e di ramificata intersezione disciplinare, divenuta anche per lo storico del diritto e delle istituzioni un consueto strumento di lavoro.

Ritornano i temi classici della ricerca di Ornaghi, primo fra tutti quello della sempre più precaria equivalenza tra politico e statale, in seguito al premere delle moltiplicate « asimmetrie tra l'ordine statale e la politica » (p. 134), bene esemplate, in molti degli scritti, dall'esplosione della politicità di quegli interessi sezionali e particolari che il *jacobinisme juridique* aveva creduto di poter sigillare sotto l'invenzione dell'interesse generale, nella presunzione di poterli ricacciare per sempre nelle ceneri dell'antico regime.

Proprio la progressiva estensione dei compiti pubblici verso la società, l'economia, il sociale, venendo in sostanza a doppiare la stessa generalità degli interessi economico-sociali, innescava le contraddizioni ed alimentava la « crescente sfasatura fra l'ordine politico e l'ordine statale », facendo riesplodere la tensione mai sopita tra « l'unità politica dello Stato e la pluralità dei corpi della società » (p. 50), mettendo a nudo l'estrema semplificazione di ogni obbligazione politica, che il tornante rivoluzionario aveva irrigidito nell'unico binario del rapporto individuo-Stato.

Su questo nodo concettuale si innestano così le analisi che investono la corporazione, i gruppi di pressione, i rapporti Stato-economia — qui acutamente indagati nel ciclo delle « grandi trasformazioni » (p. 199 e ss.) —, il contraddittorio sviluppo e quindi la parabola dello Stato sociale (p. 57 e ss.), che altera e rende sfuocata l'immagine pura e non compromessa negli interessi che era stata

propria di una certa raffigurazione ottocentesca dello Stato di diritto: pagine che illuminano in profondità il Novecento giuridico, « secolo 'smisurato' » (p. 24) e di inesauribile complessità.

E si innestano pure le riflessioni sulla rappresentanza politica, legata a fil doppio con l'invenzione rivoluzionaria dell'interesse generale e quindi colta nel suo oggettivo anacronismo, nella sua « inattualità odierna » (p. 99 e ss.), una volta investita dal peso delle trasformazioni e da una semplicità, sin troppo presto perduta.

E vi si innestano infine le pagine in cui i confini dell'ordinamento e lo stesso impianto istituzionale, con la loro « lisa impersonalità » (p. 21), vengono sopravanzati verso gli attori in carne ed ossa, siano questi i governanti, la classe politica, gli intellettuali, i gruppi di pressione, in un parola le élites, con le loro indispensabili 'virtù' e le loro ideologie, qui riscattate, con l'aiuto di Otto Brunner, in una ineliminabile radicazione che i valori e la loro rappresentazione devono possedere all'interno della politica.

I concetti, dunque, lungi dal rinchiudersi in involucri algidi, formalistici, meramente connotativi, acquisiscono improvvisa vitalità, si fanno animati, entrando in stretta connessione con l'individualità dei percorsi della storia politica.

Proprio per questo le domande che il volume solleva diventano incandescenti. Può, in particolare, la politica resistere, con questo suo ricchissimo arsenale di istituzioni, di concetti, di valori, all'impallidire della modernità?

Non c'è dubbio: è proprio « la politica che ha contribuito a produrre e a plasmare la modernità ». Di qui passa gran parte della storia dell'occidente e della stessa modernità giuridica. Rispetto a questo flusso ascendente, a questo scorrere inesausto e secolare di tipologie statuali, di costituzioni, di assetti istituzionali in crescita vigorosa, rispetto alle 'magnifiche sorti e progressive' della democrazia, ma anche di fronte alla ricorrente ambivalenza storica tra autoritarismo e democrazia, il presente offre l'immagine di un acquitrino stagnante, di valori evanescenti, di partiti interscambiabili ed indistinti, di ipertrofia e di atrofia della rappresentanza, di rigurgiti di patrimonialismo, di strapotere delle più diverse strutture oligarchiche, di « impasse », di « incagli », di « affanni » di ogni genere, che comprimono il necessario vitalismo della politica e prosciugano le sue stesse energie, fatte di visione politica e di capacità di vedere e perseguire l'interesse lontano.

Non sono tanto i temi della globalizzazione o più in generale degli ordinamenti sovranazionali, con il difficile incedere, 'oltre lo Stato', di percorsi democratici nati e pensati per comunità statuali, ad impensierire lo scienziato della politica. Temi che vengono qui sostanzialmente derubricati a semplice « rimescolamento », che richiede comunque per ogni sua stabilizzazione il decisivo intervento degli Stati. « È invece dall'interno dell'antica comunità particolare che proviene la maggiore minaccia per la tenuta delle istituzioni dello Stato » (p. 15).

L'età della tarda democrazia, che è anche l'età del tardo capitalismo, appare dunque immersa in una vaga, ma penetrante, atmosfera decadente, di malsana stagnazione, che fa deperire lo stesso vocabolario della politica, rendendolo inservibile ed inadeguato.

Questi scritti sono quindi in primo luogo un tentativo di comprensione di questo stadio finale della modernità, ma vogliono essere anche testimonianza del necessario e potente riavvio dei motori della politica, da sottrarre all'abbraccio indissolubile della modernità e da restituire, sotto nuove vesti, ai « tempi veloci » del presente. Un proposito di emancipazione e di progettazione, cui il giurista dello Stato costituzionale, che di quella modernità è figlio diretto, non può evidentemente sottrarsi.

BERNARDO SORDI

Discussioni

Discussione sul volume di

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La monarquía doceañista (1810-1837). Avatares, encomios y denuestos de una extraña forma de gobierno*, Madrid, Marcial Pons - Historia, 2013.

MAURIZIO FIORAVANTI

Il volume di Varela mette un punto fermo, quasi a conclusione di venticinque anni d'indagini. Raccoglie infatti studi precedentemente intrapresi, e per l'occasione comunque più o meno ampiamente rivisti. L'Autore mette per altro giustamente in rilievo proprio a questo proposito la natura del volume che abbiamo ora a disposizione: certo non un semplice volume di saggi, che mette insieme in modo prevalentemente compilativo studi precedentemente pubblicati, legati tra loro da un filo conduttore più o meno solido. Qui, in questo caso, la dinamica è in un certo senso opposta. Non è il volume di oggi che nasce per rimettere insieme gli studi di ieri, e sono anzi questi ultimi ad aver anticipato per brani o per determinati aspetti la monografia che fin dall'inizio Varela aveva in testa, e che oggi finalmente vede la luce.

Siamo quindi di fronte ad una vera e propria monografia, con un preciso oggetto d'indagine, che è presto detto: la *forma di governo di Cadice*, scelta e costruita dai costituenti a Cadice. Una forma di governo che ha retto le sorti della Spagna per soli sei anni, dal marzo del 1812 al maggio del 1814, dal marzo del 1820 all'ottobre del 1823, e infine dall'agosto del 1836 al giugno del 1837. Varela non narra però solo, o tanto, queste travagliate vicende, ma anche, e forse soprattutto, il dibattito che quella Costituzione ha suscitato, ogni volta che è stata stabilita, o ristabilita, ed ogni volta che è stata abbandonata, fino al congedo definitivo, per l'Autore collocabile nel 1837, con la Costituzione di quell'anno. Il volume narra sia gli *encomios*, ovvero le adesioni, che hanno fatto della Costituzione di Cadice un 'modello', un vero e proprio pezzo della storia del liberalismo, e del costituzionalismo, spagnolo, ed europeo, sia i *denuestos*, ovvero le critiche, anche sprezzanti, che nel tempo hanno sostanzialmente imputato alla Carta del 1812 di aver abbandonato la via maestra della *ancient constitution*, della costituzione storica di Spagna, o magari — aggiungiamo noi — l'opposto, ovvero di non essere stata sufficientemente risolta nei confronti della società tradizionale, in nome dei diritti individuali.

L'insistenza nell'analisi di questi dibattiti, e di queste dottrine, non indebolisce però l'attenzione dell'Autore per la dimensione più propriamente istituzionale. Quelle dottrine sono infatti rilette all'interno della vicenda storico-istituzionale, secondo un approccio metodologico allo studio storico della Costituzione, che Varela qualifica nel senso della « triple perspectiva » (p. 20): normativa, sul piano dell'affermarsi della Costituzione come norma giuridica, istituzionale, sul piano della Costituzione come ordinamento dei poteri, e infine dottrinale, sul piano della Costituzione come espressione di cultura, entro cui rifluisce un certo modo d'intendere la società, la stessa convivenza civile. Nel volume di Varela troviamo dunque non per caso presenti le tre prospettive, diversamente intrecciate. Troviamo una storia dottrinale non dimentica dell'aspetto normativo, e istituzionale, e troviamo per converso una storia delle norme positive, e delle istituzioni, non dimentica dell'aspetto dato dalle dottrine, dalla cultura costituzionale. Noi aggiungiamo: come dovrebbe essere per ogni storia costituzionale.

Torniamo ora però a Cadice, e all'oggetto in senso specifico della indagine di Varela, che rimane la forma di governo. Più specificamente ancora, l'attenzione cade sulla monarchia, sul posto ed il ruolo occupato, e svolto, dalla monarchia entro la forma di governo scelta e costruita a Cadice. Non per caso, nella introduzione Varela colloca il suo volume all'interno di un progetto più generale concernente proprio la monarchia nella storia del costituzionalismo, spagnolo, francese, e inglese, e che non sembra lontano dalla realizzazione, vista l'ampiezza degli studi che l'Autore ha già dedicato, non solo alla Spagna, ma anche a Francia ed Inghilterra (p. 21, nota 10 per i riferimenti bibliografici).

Anche per questo motivo, l'analisi del dibattito costituente a Cadice prende le mosse proprio da questo problema: quale monarchia per la Spagna? Quali 'modelli' di monarchia furono dominanti a Cadice? Risultò prevalente il 'modello' inglese della monarchia costituzionale, o si guardò in prevalenza alla Rivoluzione, e dunque alla Costituzione francese del 1791? Secondo Varela, alla fine la scelta si orientò nella seconda direzione, verso la Francia. Ma ciò che più interessa è il percorso seguito per arrivare a questa scelta, e il dibattito che sul punto si produsse. Un dibattito che effettivamente è al centro della scelta costituente di Cadice, e che Varela descrive e valuta con grande chiarezza e precisione (p. 24 e ss.).

Partiamo con Varela da un dato che anche noi riteniamo assolutamente decisivo. Il costituzionalismo spagnolo tra Sette ed Ottocento, compreso quello di Cadice, è culturalmente prigioniero — come tutto il costituzionalismo europeo del periodo, del resto — della immagine tradizionale della costituzione storica britannica, che si proclamava radicata nel principio, di origine medievale, del *King in Parliament*. Un'immagine che a metà del diciottesimo secondo si era consolidata nelle celebri pagine dell'*Esprit des Lois* di Montesquieu, divenendo luogo comune un po' dappertutto in Europa, e dunque anche in

Spagna. Secondo quel modello, con la *Glorious Revolution* del 1688 non si era prodotta un vera e propria cesura nella storia plurisecolare della *ancient constitution*. È vero che si erano posti limiti assai più stringenti alla potestà monarchica, ma non fino al punto di demolire il 'modello', di negare l'esigenza di un parlamento bicamerale con un ramo ispirato al principio aristocratico, e un esecutivo regio dotato di potere assoluto di veto. Esattamente come si ritrovava descritto il 'modello inglese' nelle pagine di Montesquieu.

Ebbene, Cadice non poteva scegliere in questa prima direzione. Cadice infatti non era repubblicana, e lo stesso Varela prende le mosse proprio da questa constatazione. Ma non voleva neppure essere monarchica nel senso ora richiamato della tradizione inglese. Quel monarca, appartenente a quella tradizione, era infatti ancora titolare di una quota non irrilevante di quella che Varela chiama la « *dirección política del Estado* » (p. 27), essendo l'esecutivo in quel modello intrinsecamente monarchico, tale cioè da non poter essere integralmente parlamentarizzato, ed essendo quel monarca titolare di un potere di veto che ancora derivava dalla idea del *King in Parliament*, ovvero dalla idea, e dalla pratica, del Re come fattore necessario della legge d'Inghilterra. Non era questa la monarchia che la Spagna voleva con la sua nuova Costituzione. Un conto era conservare la monarchia nella Costituzione, altro conto era mantenere in vita un principio monarchico così integro, dal quale derivavano poteri così estesi. D'altra parte, non era nota ai costituenti di Cadice — proprio a causa della potenza e dalla grande radicazione nella cultura del tempo della immagine della *ancient constitution* — la più recente evoluzione della forma di governo britannica nel senso del governo parlamentare, con l'emersione sempre più netta della figura del Primo Ministro, capo politico della maggioranza parlamentare, destinato su questa base a ridurre progressivamente la monarchia ad un ruolo formale. Quel mondo nuovo, fatto di elezioni politiche intese finalmente come competizione per la determinazione e la scelta dell'indirizzo politico di maggioranza, di partiti organizzati, di governi ormai fondati in modo trasparente sulla maggioranza risultata tale nell'esito delle elezioni, e tale quindi in Parlamento, non era il mondo di Cadice. Quel mondo infatti non era più così intensamente monarchico, non nel senso di poter accettare una monarchia ancora così forte come quella della tradizione britannica, ma non era neppure così oltre, così proiettato in avanti, da intraprendere con sicurezza la via nuova della parlamentarizzazione del sistema politico e della stessa monarchia, ammesso — Varela lo nega — che i costituenti di Cadice riuscissero a percepire quest'ultima come una prospettiva reale, vedendola in atto in primo luogo proprio in Inghilterra.

Né monarchia costituzionale, né governo parlamentare, si potrebbe dire in sintesi. E siccome quei due erano i frutti più autentici della storia costituzionale britannica, ne derivava il fatto che per quanto si potesse, o si dovesse, considerare l'Inghilterra il paese-guida in materia

costituzionale, alla fine si era costretti a guardare altrove. E altrove significava ovviamente la Rivoluzione, la Francia, e in particolare la Costituzione del 1791. Con quest'ultima, e in genere con l'ispirazione politica e culturale della Rivoluzione, entriamo in un mondo completamente diverso. Nell'universo fin qui richiamato, quello britannico, la forma di governo è infatti in sé *dualistica*, fondata cioè sull'idea che la « direzione politica dello Stato » — per usare il linguaggio di Varela — abbia due vertici, quello parlamentare cui compete fare le leggi e imporre i tributi, e quello dell'esecutivo cui compete la responsabilità della macchina dello Stato, ad iniziare dal potere di scelta degli uomini che la compongono — il celebre potere di *appointment*. È il modello che storicamente sta alla base dei regimi presidenziali, e che gli Stati Uniti ereditarono proprio dalla tradizione inglese. Ebbene, se ci volgiamo ora alla Rivoluzione — così come fecero i costituenti a Cadice — percepiamo subito di entrare per l'appunto in un altro mondo, che è quello della forma di governo *monistica*, fondata cioè sull'idea che la « direzione politica » non possa altro — proprio perché 'politica', ovvero espressiva in senso hobbesiano del principio di unità — che risiedere in un solo potere, che altro non può essere che quello legislativo, dove si trovano i rappresentanti, o mandatari, della nazione, o del popolo, sovrano. Questa è la grande idea alla base della Costituzione francese del 1791. E a questa fonte si abbeverarono i costituenti di Cadice, come Varela puntualmente mostra.

Le analogie sono davvero sorprendenti. Ad iniziare dalla qualificazione in senso complessivo della forma di governo, che appartiene certamente in entrambi i casi alla *forma assembleare*, nel senso di un equilibrio dei poteri sbilanciato dalla parte del legislativo, il quale non solo delibera, ma anche governa, lasciando all'esecutivo una funzione meramente e strettamente esecutiva, di organizzazione della macchina necessaria per portare a buon fine, e soprattutto in modo fedele, le volontà della assemblea. Ragionando con le categorie odierne, è come se la funzione d'indirizzo politico rimanesse concentrata nella assemblea, lasciando di conseguenza all'esecutivo una dimensione residuale di sola direzione amministrativa. Ma il profilo comune tra 1791 e 1812 è poi confermato su tutti i punti decisivi: la scelta in senso monocamerale; l'incompatibilità tra il ruolo di deputato e quello di Segretario e Consigliere di Stato (articolo 95 Cadice), e dunque, di membro del governo, nel senso di facente parte dell'esecutivo in posizione di responsabilità — ciò che testimonia la distanza di questa cultura costituzionale dalla soluzione del governo parlamentare —; il potere di veto del Re solo sospensivo; l'esclusione del Re dal processo di revisione costituzionale, in entrambi i casi costruito come un processo puramente parlamentare; l'esclusione della funzione di deliberazione legislativa quando in Assemblea è presente il Re, quasi come se si temesse, in entrambi i casi, il sorgere consuetudinario della pratica parlamentare corrispondente al principio del *King in Parliament*, e dunque il ricono-

scimento al Re della qualità di fattore attivo nella deliberazione della legge. Un'analisi più dettagliata non è qui possibile. Ma anche solo sulla base degli elementi fin qui raccolti, noi crediamo che si possa concordare con Varela nell'indicare la Costituzione francese del 1791 come 'modello' dei costituenti di Cadice.

Altro discorso è quello dell'universo culturale, e politico, che la Costituzione francese portava con sé, ad iniziare dalla matrice giusnaturalistica e contrattualistica, che aveva dato luogo alla celebre Dichiarazione dei diritti dell'89, quel testo che proprio nel 1791 si era posto nella Costituzione, riprodotto ad apertura della Costituzione. La questione sul piano storico diviene allora la seguente: quando i costituenti di Cadice si volgono verso la Francia rivoluzionaria, e vi trovano il 'modello' sul piano della forma di governo, trovano forse anche in quella stessa direzione i principi ispiratori fondamentali? Insieme al *frame of government* sposano essi anche il principio di uguaglianza dell'articolo 1 della Dichiarazione dell'89, o il principio di sovranità dell'articolo 3, o la concentrazione dei poteri di coazione dell'articolo 5, o il principio democratico, e la volontà generale, dell'articolo 6? Qui il discorso si riapre, nei termini di un confronto ancora più ampio tra le matrici della Rivoluzione, giusnaturalistiche e contrattualistiche, lockeano, hobbesiane, o rousseauviane, e la cultura politica e costituzionale dei liberali a Cadice. Insomma, il discorso si riapre, in termini ancor più generali. Ad iniziare dalla questione forse più di fondo, che come sempre è quella del potere costituente. Si può sostenere che i liberali spagnoli a Cadice hanno immaginato e costruito la loro azione sul modello rivoluzionario del potere costituente? Hanno cioè voluto la Costituzione in nome del popolo, o della nazione sovrana, intesa come *universitas* d'individui politicamente attivi, tra loro legati mediante il contratto sociale?

La risposta è necessariamente complessa. C'è un elemento che qualifica in modo speciale l'esercizio del potere costituente nella rivoluzione francese, e che ben difficilmente può essere ritrovato nell'esperienza spagnola. Sta nel fatto che quell'esercizio è alimentato continuamente dalla volontà di demolire la società di antico regime, è diretto alla costruzione di una società nuova attraverso la negazione radicale del precedente sistema sociale, politico e istituzionale. Quel potere muove la rivoluzione, e le sue costituzioni, contro la storia. Così, proprio nella Costituzione del 1791 troviamo, non solo la riproduzione della Dichiarazione dei diritti dell'89 — poiché ogni edificio politico deve essere razionalisticamente costruito a partire dai principi, e in particolare dai diritti: cosa che non ritroviamo a Cadice, dove è certo ben presente una dottrina dei diritti, ma non nel senso di quella matrice razionalistica della Rivoluzione — ma anche il celebre Preambolo, quel formidabile testo di poche righe che costituisce la dichiarazione di morte dell'antico regime, con elencate in bella evidenza le sue deprecabili istituzioni: la giustizia patrimoniale, la venalità e l'ereditarietà delle cariche pubbli-

che, le corporazioni, i privilegi. Un insieme di realtà, sociali e istituzionali, e di regole, che la Rivoluzione intende travolgere.

Insomma, la Costituzione esprime le nuove verità, i nuovi principi, contro la storia. È questo aspetto a differenziare l'esperienza di Cadice dal modello rivoluzionario. Perché non si può certo negare la pervasiva presenza, a Cadice, dell'argomento storicistico, ovvero di un costituzionalismo che tende a costruire i suoi discorsi, e la sua pratica politica, sulla base della storia, e più precisamente della immagine positiva di una tradizione costituzionale nazionale, offuscata dal dispotismo, ma che può e deve essere rigenerata proprio attraverso la nuova Costituzione, e dunque attraverso l'esercizio di un potere costituente non più finalizzato a demolire integralmente, come nel caso della Rivoluzione, ma piuttosto orientato ad eliminare le componenti dispotiche, recuperando dalla *ancient constitution* il suo nucleo fondamentale contenente l'idea della limitatezza del potere, che più si legava alla ricerca di un adeguato fondamento dei diritti. Insomma, mentre la Rivoluzione aveva opposto 'razionale' a 'storico', Cadice tenta una conciliazione tra i due termini. Scrive Varela sul punto, in modo assai efficace: «L'affermazione del potere costituente della nazione non doveva presupporre necessariamente una rottura con la storia, come avevano fatto i rivoluzionari francesi, ma nello stesso tempo, e in egual misura, non era possibile ritenere che la soggezione alla storia potesse impedire l'esercizio del potere costituente della nazione, come sostenevano i realisti». Conclude Varela nel senso, in quella situazione, di un «equilibrio reciproco» di elemento «razionale» ed elemento «storico», anche se con una prevalenza del primo sul secondo, in caso di conflitto (p. 78, mia traduzione).

Per entrare nel mondo di Cadice, bisogna dunque immaginare qualcosa che sfugge dalle categorie consuete, e prima di tutto un potere della nazione, che vuole essere costituente, ma che non di meno è orientato dalla storia; e nello stesso tempo un costituzionalismo di stampo storicistico, ma che rifiuta la matrice britannica, ad iniziare — come abbiamo visto — dal *frame of government*, dal modello dualistico, dalla monarchia costituzionale. A me pare che questa debba essere la chiave di lettura di uno dei più celebri articoli della Carta di Cadice, il terzo, che così suona: «La sovranità risiede essenzialmente nella nazione, e di conseguenza appartiene esclusivamente ad essa il diritto di stabilire le proprie leggi fondamentali». È rivendicazione di potere costituente? Io direi di sì, ma di una specie del tutto diversa da quella a noi più nota, ovvero dalla specie data sulla base della esperienza della rivoluzione francese, entro cui si è 'costituenti' prima di tutto perché agendo in senso costituente si opera per la demolizione dell'antico regime. Leggiamo ora sotto questa luce l'articolo terzo della Dichiarazione dell'89, che è per l'appunto l'equivalente dell'articolo della Carta di Cadice sopra citato: «Il principio di ogni sovranità risiede essenzial-

mente nella nazione. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa ».

La differenza tra i due testi è assolutamente evidente. Nel secondo, la nazione è sovrana, e quindi anche costituente, essenzialmente attraverso un enorme processo d'espropriazione delle funzioni d'*imperium* ai danni dei molti 'corpi', o 'individui' — come il monarca, ad esempio — che prima quelle funzioni possedevano ed esercitavano. È questa 'espropriazione' che manca nella esperienza di Cadice, che rivendica anch'essa il potere costituente per la nazione e per i suoi rappresentanti, ma non necessariamente contro la società tradizionale, contro la pluralità dei 'corpi' e delle corporazioni. Il liberalismo di Cadice è anzi mediamente assai distante dall'idea rivoluzionaria, individualistica e contrattualistica, della unicità del corpo politico sovrano della nazione, che colloca un solo 'corpo', quello della nazione, al posto dei molti 'corpi' della società di antico regime: un 'corpo' liscio ed uniforme, fatto di soli individui, un'immagine certo non familiare ad un liberalismo come quello spagnolo, fortemente orientato in senso storicistico, portatore di un'idea plurale e composita della nazione, e della sua storia.

Eppure, rimane l'aspirazione di Cadice ad essere costituente. Varela lo sottolinea con forza, a più riprese. Il punto è che la vocazione costituente di Cadice non può essere individuata e misurata con il parametro della rivoluzione francese. Cadice è comunque un'altra cosa. Ma anche a mio parere Cadice non è condannata ad essere mera riscrittura, o risistemazione, della società e delle istituzioni di antico regime per il fatto puro e semplice di divergere dal modello rivoluzionario per eccellenza, dal potere costituente della grande Rivoluzione. La forza di Cadice non si esprime attraverso l'esercizio di quel potere, inteso come soggetto, e strumento, di demolizione della società di antico regime, o attraverso una dichiarazione dei diritti chiaramente fondata in senso individualistico, e contrattualistico, ma non per questo è una forza condannata ad una mera compilazione dell'esistente, priva di un qualche slancio in senso costituente.

Anche Cadice consuma il suo strappo. Non è profondo come quello della rivoluzione francese, non attinge alla concezione generale del soggetto di diritto, non arriva alle pieghe profonde della società, ma è egualmente consistente, e lo storico deve saperlo apprezzare nella sua specificità, al riparo dai bagliori sprigionati dai modelli costruiti sulla esperienza della grande Rivoluzione. Per percepire tutto questo bisogna tornare al punto di partenza, alla questione della monarchia, e più in generale all'oggetto in senso proprio della monografia di Varela, che rimane la forma di governo.

C'è un dettaglio più che rilevante. Il nostro Autore considera *extraña* la forma di governo di Cadice, ovvero 'singolare', nel senso di non conforme a modelli codificati e precostituiti. In effetti, quella di Cadice non è una monarchia costituzionale — come abbiamo visto a

proposito della complessa relazione con il modello costituzionale inglese — né può dirsi un primo passo verso il governo parlamentare, verso la parlamentarizzazione integrale della stessa monarchia. Ne esce fuori una forma di governo per l'appunto 'singolare', di stampo sostanzialmente monistico — esattamente come nel caso della Costituzione francese del 1791 — con una sostanziale concentrazione dell'indirizzo politico nel Parlamento, e con esecutivo depotenziato, palesemente schiacciato verso una funzione di mera esecuzione della legge, delle volontà dell'assemblea dei rappresentanti della nazione sovrana.

Qui è la radice dello strappo cui sopra si alludeva. Esso si attua nei confronti della versione conservatrice del modello costituzionale inglese, quella versione che era codificata nelle pagine di Montesquieu, con il Parlamento bicamerale e il veto assoluto del sovrano, e che tornerà ad essere dominante in Europa dopo Cadice, chiusa definitivamente l'età rivoluzionaria, con la Restaurazione. In quella versione la forma di governo era dualistica, e non monistica. La si conosceva bene in Spagna, nella forma della « *doble confianza* », che rendeva necessario l'assenso regio, accanto alla maggioranza parlamentare, e parimenti rispetto a questa, per la formazione del governo. Un'immagine del governo come risultato del concorso di due volontà, regia e parlamentare, che era a sua volta espressione di una più generale concezione della costituzione come contratto tra monarchia e nazione. Un contratto radicato nella storia, come pilastro della *ancient constitution*, che finiva così per essere considerata la « vera » costituzione, quella di cui non si poteva non tener conto nel momento in cui ci si proponeva di enunciare in forma scritta regole di rilevanza costituzionale, o di redigere addirittura una nuova costituzione. Ciò valeva da sempre in Inghilterra, e ciò varrà in gran parte d'Europa con il costituzionalismo della Restaurazione. Esempio in questo senso il caso della Francia, e del liberalismo anglofilo della prima metà del secolo diciannovesimo, proteso alla ricerca, spesso affannosa, di un fondamento storico per quella monarchia costituzionale, che si sarebbe voluto riproporre anche in Francia. Non per caso, anche il governo di quel tempo, quello che ritroviamo nelle pagine di Constant, tendeva a qualificarsi secondo lo schema della « *doble confianza* », del necessario concorso delle due volontà, regia e parlamentare.

Ciò non vale invece per Cadice. Cadice è altro dalla Rivoluzione che l'ha preceduta, ma è anche altro dalla Restaurazione che l'ha seguita. Ed infatti, da una parte, Cadice non è certo rappresentabile come l'atto di fondazione della nuova società, contro quella di antico regime. Anche noi l'abbiamo ripetuto più volte. Ma per altro verso, è certamente riduttivo considerare Cadice una semplice riscrittura della tradizione, della *ancient constitution* di Spagna. C'era ovviamente a Cadice chi intendeva così l'opera di redazione della Carta. Ma non fu questa l'opinione vincente, come Varela mostra in modo analitico, distinguendo a questo proposito tra due storicismi — un tema di

rilevanza centrale del resto nell'intera storia del costituzionalismo, ad esempio nel caso della rivoluzione americana —, uno effettivamente conservatore, nel senso d'inibente una qualsiasi opera di carattere costituente, ed uno di carattere più progressivo, che nella storia cerca il fondamento per la stessa opera costituente. In questo secondo caso, di solito — come nel caso della rivoluzione americana — lo storicismo si allea con filosofie di stampo individualistico e contrattualistico. Ciò avviene in misura ben ridotta nel caso di Cadice, ma non fino al punto di cancellare la differenza tra i due tipi di storicismo, su cui tanto Varela insiste (p. 40 e ss.; 62 e ss.; 373 e ss.), al fine di rintracciare in uno di essi un fondamento di valore strategico a supporto dell'opera costituente di Cadice. Quella opera non si pone certo all'inizio di una rivoluzione, non fu 'costituente' in questo senso. Fu tale in altro senso, essenzialmente per la sua pretesa d'inventare — imitandola però dalla Francia del 1791 — una forma di governo *extraña*, divergente dalla tradizione solidamente imperniata sul modello inglese, sul primato della *ancient constitution*, sulla formula storica della monarchia costituzionale. Per fare questo, e prima ancora per pensare al di là della tradizione, era necessaria una forza speciale, che in questo senso possiamo definire costituente. Cadice ebbe quella forza, nella misura necessaria per esperire quel tentativo. La espresse attraverso il principio di sovranità nazionale, che pose alla base di un disegno istituzionale imperniato sulla centralità del Parlamento, ovvero sulla concentrazione nel Parlamento dei poteri di « direzione politica dello Stato », per tornare a citare Varela. Non intese andare oltre ancora, perché non aveva da promettere una società nuova. Ma quel primo tratto al di là della tradizione fu percorso non di meno in modo autentico. Com'è noto, il tentativo fallì. Lo dimostrano in primo luogo le travagliate vicende della Carta stessa, e della sua effettiva vigenza. Ma la sua rilevanza è intatta. È merito di Varela averla sottolineata con forza, in tutta la sua complessità, ed anche nella sua irriducibilità ai modelli dati, per il suo tradursi in una forma di governo essenzialmente *extraña*.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

Aun a fuer de que la afirmación que expondré a continuación pueda parecer de un simplismo abrumador, comentaré que existe en este libro un epígrafe, « La naturaleza de la Monarquía doceañista », que, a mi parecer, representa la quintaesencia no sólo de esta obra en concreto sino de la visión de una parte fundamental de la historia constitucional española de J. Varela Suanzes-Carpegna. Una historia que este constitucionalista y su discípulo I. Fernández Sarasola vienen cultivando con escrupulosidad y que han contribuido a aclarar y enriquecer mediante aportaciones cuyo éxito, en buena medida, se debe

al modo de acercarse a la misma, hecho éste que conviene tener presente si se quiere enjuiciar ecuánimemente el conjunto de sus aportaciones, cuyo valor, por otra parte, ha sido suficientemente contrastado. Y se trata de una visión que sí, por una parte, responde rigurosamente a los requerimientos de la ciencia del derecho constitucional, por la otra, no se limita a los reducidos e insatisfactorios (insatisfactorios en la medida que sortean datos y hechos extremadamente esclarecedores) límites espacio-temporales de « lo español » sino que se abre al horizonte natural del constitucionalismo comparado y se fundamenta en una contextualización que huye del anacronismo para centrarse en la praxis y en el pensamiento político-constitucional del momento. O lo que es lo mismo, en las características de una reflexión que, desde los inicios del constitucionalismo moderno y durante buena parte del siglo XIX, estuvo condicionada por la tradición hispánica, fundamentalmente la castellana, con toda la carga ideológica que supone, pero que, al mismo tiempo, se muestra abierta y receptiva a las corrientes externas, en particular las francesas — sobre todo — y la británica.

Este escueto preámbulo me parece pertinente como punto de partida para fundamentar una opinión acerca de la interpretación que se desarrolla en esta obra, cuyo contenido trasciende la Constitución referenciada en el título para proyectarse mucho más allá de esa primera etapa. De hecho, es la perspectiva sobre la primera mitad del siglo XIX de un autor especialmente cualificado a estos efectos, ya que está fundamentada en el conocimiento adquirido a través de un itinerario que se ha desarrollado en un doble sentido — esto es, desde su implantación hasta el presente y viceversa — por el complejo camino del constitucionalismo moderno español.

Expuse al inicio que, desde mi punto de vista, el epígrafe señalado, que no por azar forma parte del capítulo segundo « El rey en la Constitución de 1812 », se presenta como el auténtico pilar del libro y hasta, puede decirse sin exageración, de aquella legendaria Constitución, en especial en lo que afecta a su proyección posterior aunque también incluso a su arraigo. Es más, se diría que viene a ser la clave de bóveda de la tesis del autor acerca de esta Constitución, la cual no es otra que la valoración de la misma como un prototipo del XVIII, con todo lo que ello significa. Porque, en realidad, tal estimación implica situarla en una línea similar a la que siguieron las francesas de ese siglo, aunque entre nosotros, como el mismo Varela ha probado en estudios previos, alcanzara peculiaridades propias a causa del incesante peso de la tradición histórica en los debates de las Constituyentes.

Nos encontramos, pues, ante una opción de no, por cierto, escasa importancia por diversas razones que, asimismo, se explican convenientemente a lo largo del libro o se infieren de su contenido. Una elección, por consiguiente, que, por encima de los legítimos intereses del autor, contribuye también, me parece, a comprender, y aclarar, la existencia

de asuntos extremadamente controvertidos, algunos de ellos, como ponen de manifiesto las crisis periódicas sobre temas sustanciales, todavía irresueltos, o no satisfactoriamente solucionados, del « caso español ». En gran medida, buena parte de los mismos tienen causa, aunque sea remota, en esa Constitución, en la que *ab initio* resalta una palabra, *Monarquía*, de hondas reminiscencias aristotélicas y cuya importancia Varela insiste en subrayar ya desde el título del libro.

Haber elegido como referencia determinante el término/concepto *Monarquía* que los constituyentes gaditanos quisieron situar en el mismo plano que el de Constitución en la intitulación del texto aprobado, es un acierto. No sólo por cuanto se acaba de exponer, sino porque, lo que es si cabe más relevante, resulta extremadamente revelador de cuáles fueron las razones, causas, argumentos, lazos con el pasado — y no sólo doctrinal —, en el plano teórico, pero también de las dificultades que presentaba el material. De hecho, en un sentido muy específico, todos los *communis loci*, tópicos y, antes que ninguno, los problemas y conflictos que afectan a la evolución del constitucionalismo moderno español en estos dos últimos siglos largos (Corona, Iglesia, definición de nación o construcción estatal) están compendiados en la palabra, en conjunción con el vocablo *política* que le acompaña, cuya adopción y singular posición arrojan mucha luz sobre la no incidencia o el particular sesgo que se concedió a cuestiones determinantes como fue, entre otros y por citar un ejemplo, la organización territorial. Pero, por encima de todo, dirige el foco de atención hacia la « cuestión por antonomasia » que, durante la primera parte del XIX y con más precisión hasta 1837, conforma probablemente el principal motivo de enfrentamiento entre los diversos partidos o, para ser más rigurosos, las distintas concepciones de Constitución. Me refiero a la Corona, *nomen iuris* como intencionadamente expone Varela, de la jefatura del Estado atribuida al Rey y su función en el nuevo orden político-constitucional. En el que se pretendió instaurar y en el que, al final, resultó. A mi parecer en esto, exactamente, reside, sino el que más, uno de los mayores méritos del autor; esto es, en identificar llanamente el eje en torno al que se articulaba el texto constitucional y situarlo en sus justos límites.

Es, a este respecto, oportuno, por lo convincente que resulta y la carga probatoria que llevaba aparejada, detenerse en la exposición que Varela lleva a cabo siguiendo al respecto un razonamiento que comienza por subrayar la doble significación de *Monarquía*. Por un lado, afirma, aparece como Nación que unifica a las Españas y, por consiguiente, convertía a los españoles en una « comunidad organizada jurídicamente », o lo que es lo mismo, en Estado, y, por otra parte, expresa la decisión original de dotar a la más alta magistratura de un carácter vitalicio y hereditario. Varela subraya con acierto la similitud de esta opción con las de las primeras Constituciones francesas, en la medida que en todas ellas la « forma » monárquica es axiomática. Pero,

a este respecto, debe reconocerse que, con ello, se mantenía en cierto modo la naturaleza « sacra » de la figura del rey y se dejaba la puerta abierta a una permanente influencia de naturaleza, por así decir, eclesiástica que no sólo en relación con este tema, sino también en otros, pudo encontrar un fácil acomodo como ponen de manifiesto la invocación y el juramento.

En este sentido, la centralidad de la forma monárquica, expresada a través de la figura del rey y su regulación, o para ser más precisos, su posición en el texto constitucional que Varela disecciona con la profesionalidad de un experto, se convierte así en un tema fundamental por cuanto, sin habérselo propuesto aquellos constituyentes — más bien todo lo contrario —, se proyectará sobre el inmediato futuro constitucional español. Sobre todo porque sus sucesores encontrarán en ella, más incluso que en los derechos individuales, el mayor *casus belli* antes de la Gloriosa de 1868.

Dice a este respecto Varela, y dice bien, que ese resaltar de la Monarquía está en consonancia con la « aceptación propia de una nación que nunca ha dejado de ser monárquica ». Pero lo realmente importante y lo que merece la pena resaltar ahora es que, a continuación, él mismo procede a desvelar la verdadera clave del asunto al explicar que lo que verdaderamente se esconde detrás de esa opción radica en el calificativo *moderada* que la acompaña en los debates sostenidos por los liberales en las Cortes y la peculiar e interesantísima — interesante hasta el extremo de cifrar en ella sus más profundas raíces y conexiones con el constitucionalismo del setecientos — interpretación que le otorgaron los constituyentes gaditanos. De hecho, expone, en el lenguaje político del liberalismo doceañista equivalía a « constitucional » según un entendimiento que la situaba muy próxima a la concepción de la monarquía limitada británica.

Creo, con Varela, que ahí radica uno de los rasgos más insólitos y, paralelamente, una de las mayores fuentes de conflictos como no tardaría en demostrar el tiempo, a la vez que supone un notable logro de aquellos constituyentes. Sobre todo por los resultados que se desprendían de la adopción de un acuerdo que, de entrada, significaba borrar de un plumazo lo que había sido el monarca durante el Antiguo Régimen. Significaba, en efecto, eliminar su consideración como centro del sistema en cuanto titular de una *auctoritas*, primero, y una *potestas* después para pasar a ser un « órgano constitucional » y en cuanto tal, no situado por encima del ordenamiento, sino « inserto en él ».

Esta perspectiva, construida sobre el trasfondo de un contractualismo que hacía que el poder del rey-Jefe del Estado se derivara de la voluntad soberana de la Nación, que, en definitiva, ratificaba la transmisión de la titularidad de la soberanía, sobre cuyo proceso y consecuencias existen inteligentes páginas en el libro, podía, ciertamente, encontrar acomodo y hasta presentarse como un modelo de la « adecuación actual » de uno de los puntos más relevantes de la recurrente-

mente invocada constitución histórica según la interpretación dominante de la misma en aquel periodo. Pero, en contraposición, anulaba cualquier posibilidad de incorporar las tendencias que iban arraigando en el Continente sobre la teoría de la Constitución y la potestad regia.

Ahí radica, si no he entendido mal, la verdadera esencia de la Constitución doceañista y su característica orientación revolucionaria setecentista. De una revolución que, a estos efectos, podría asimismo entenderse en el doble sentido que los intelectuales de la época le otorgaron: es decir, de rompimiento con la tradición en un aspecto sustancial, por un lado, y, por el otro, de la visión mecanicista, ya que se presentaba como la recuperación de una supuesta constitución de raigambre medieval en la que el rey, como realmente sucedía, estaba limitado por unas *iurisdictiones* cuyas facultades, eso sí, se interpretaban a la luz de las teorías iusracionalistas y contractualistas.

Subraya al efecto Varela con razón que, en ese horizonte, el rey no disponía de más poder que el que las Cortes le otorgaban lo que, a su vez, conllevaba la exaltación de la nación en todos los planos. Pudo comprobarse en la solución acordada a la que, probablemente, era la cuestión más crítica y trascendental del momento al fundamentar la misma en el universal argumento de que, en cuanto soberana, era ella quien concedía, y cuantas y en qué condiciones, las facultades al rey, lo que ya entonces escandalizó y suscitó la más virulenta oposición de no pocos contemporáneos. Pero, además, desde esta perspectiva acentuada con acierto por el autor, se puede entender asimismo el rechazo del bicameralismo: en esta específica concepción de la Nación era suficiente una sola cámara para expresar y transmitir la voz de los representados. En todo caso, la regulación de las facultades regias, sobre todo en lo referente al veto suspensivo y la sanción, contempladas ambas a la luz de la «separación de poderes», pone de manifiesto la aplicación efectiva de esta idea como brillantemente relata Varela. El rey es la *cabeza* de un ejecutivo realmente ejercido por los Secretarios del Despacho quienes, en aplicación paroxística del primer y más sagrado dogma del constitucionalismo moderno en sus primeras fases, no podían formar parte del legislativo. Se convierten así en meros ejecutores — como en su día los definiera con lucidez Fernández Sarasola (*Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España*. CEPC, 2001) — de las disposiciones aprobadas por quienes representaban a la titular efectiva de la soberanía.

Se trata, pues, de un legislativo «omnipotente», cuyo «natural» recorrido no podía desembocar más que en un «gobierno de asamblea» que, en efecto, ejerció de manera abrumadora a través de una ingente labor legislativa, tanto en la primera etapa como, tal vez menos, durante el Trienio por diversos motivos. Entre ellos, los que el propio Varela señala: el frustrado intento de la, por así decir, «parlamentarización» de los partidos, y, sobre todo, la tentativa de conformar un gobierno de Gabinete bajo la presidencia del Secretario del Despacho

de Estado, finalmente fracasada por tratarse de una institución, como escribe literalmente, « sin encaje constitucional ».

En relación con lo apuntado, es asimismo digna de mención una consideración de primerísima importancia recogida en un libro que, *prima facie*, destaca por la coherencia y originalidad del planteamiento, sobre todo porque confirma la tesis del autor acerca de la « naturaleza de la Monarquía » tal y como fue diseñada en el texto Constitucional. Me refiero a la configuración de la « validez normativa » como resultado típico y consecuencia natural de la conversión de la Constitución en la fuente de todo el ordenamiento jurídico en plena conformidad con los predicados iusnaturalistas. Esta determinación, además de ratificar la presencia del « absolutismo jurídico », llevaba aparejada, como sostiene Varela, consecuencias inmediatas de excepcional relevancia. La primera de ellas, y la más característica, afecta a la producción normativa que el propio texto constitucional reservaba exclusivamente a las Cortes. Y a este respecto, me parece asimismo un acierto señalar, coincidiendo con la tan sectorialmente criticada postura del administrativista Gallego Anabitarte (*Clases de leyes y actos del Estado. Historia y dogmática Trazos olvidados de un Derecho Público español*, IEA, 1970) que existe un único concepto de ley, aunque se expresase a través de dos vías diferentes, la ley y el decreto, cuya sola discrepancia era de naturaleza procedimental. Es este un aspecto en absoluto baladí por cuanto no sólo descarta la percepción que, en aplicación de un evidente anacronismo, diferencia ya ahí el concepto material y formal de ley, sino que pone de manifiesto una vez más, como el mismo Varela recuerda, la innegable opción política que existe detrás de esta elección. Esto es, reducir, e incluso evitar en la medida de lo posible, la sanción real (no necesaria para los decretos) con la finalidad de salvaguardar el « monopolio » legislativo de las Cortes. La segunda, y fundamental, es la « despersonalización » de la soberanía, hecho este que suscitó las más duras críticas, fomentó la oposición y el rechazo y acabó por convertirse en el problema por antonomasia en la décadas sucesivas.

Porque fue precisamente esta regulación, o por expresarlo en palabras de Blanco-White, uno de los más fieros críticos de la labor de aquellas Constituyentes, « el despojo de sus derechos al rey », lo que acabaría por conformarse, en unión al monocameralismo, en el gran centro de imputaciones que resumía la « maldad » de la Constitución y, en cuanto tales, los que actuaron como principales impulsores efectivos de la « caída » de aquélla, como no tardaría en demostrarse. De hecho, durante su exilio posterior a 1814 la mayoría de los doceañistas liberales, incluidos algunos de sus dirigentes, y hasta ese gran progresista que era Flórez Estrada se inclinaron por el bicameralismo y gran parte, ya durante el Trienio, fueron partidarios de introducir, como se acaba de exponer, una suerte de parlamentarismo. Un número no desdeñable de ellos no ocultaban sus simpatías por el moderantismo o el doctrinarismo que habían conocido de primera mano en París con

todo lo que ello suponía de remisiones a la herencia y antigüedad en favor de un mayor protagonismo de la Corona que, desde antes incluso, venían defendiendo anglófilos como el mencionado Blanco-White, tal y como explica, al exponer sus respectivas posiciones, Varela.

El Trienio, como él mismo indica, aparece así como el primer « laboratorio » donde se llevaron a cabo, abierta o subrepticamente, las reacciones que prepararon la puesta al día con las corrientes continentales decimonónicas que afloraron tras la definitiva desaparición del Antiguo Régimen a la muerte de Fernando VII ya en la década de los treinta, cuyo esplendor se alcanzaría con la Constitución de 1837. Es decir, con la gran *transacción*, según una de las más lúcidas conclusiones que Varela viene sosteniendo desde hace mucho tiempo, que está detrás de un texto que supuso el « entierro simbólico » de la de 1812 con toda su carga iusracionalista, su escrupuloso seguimiento del constitucionalismo revolucionario y cuya sombra, a pesar de todo, planeó sobre los diversos procesos constituyentes — excepto el, por lo demás testimonial, de 1873 — hasta 1931. No en vano, como recuerda el autor y es una evidencia, a partir de esa fecha la Corona, en definitiva, el rey o reina en su caso, no sólo salió fortalecida sino beneficiada hasta el extremo de erigirse en punto de referencia, casi en el emblema, de la Monarquía « templada », o por mejor decir, *constitucional*, para seguir a la denominación al uso en todas partes durante el XIX que aquí también encontró apoyo en una interpretación interesada de la propia tradición hispánica. Es decir, una interpretación completamente diferente a la de quienes habían intentado encontrar en la misma una pretendida legitimación de la Constitución de Cádiz, la cual continuaría siendo, a pesar de todo, un punto de referencia ideal para moderados y progresistas aunque ni unos ni otros desearan su vuelta. Fundamentalmente, porque era la antítesis de lo que ellos defendían, en especial en lo relativo a la organización del poder en consonancia a una concepción de la soberanía que en 1810-12 se había considerado una cuestión nuclear y ya desde los años veinte pasaría a ser calificada de « académica ».

Estos son los más destacables aspectos y argumentos estudiados con inteligencia, con especial detenimiento en la aludida especial articulación de los poderes, en los que se basa Varela para alegar que, como tal, la Constitución del 12, al igual que la francesa de 1791, se resiste a ser clasificada. Aun así, propone un adjetivo elocuente para un modelo excepcional — excepcional en cuanto irreplicable: *Monarquía democrática*, a pesar, escribe, de la prolija y extensa ordenación de, en especial, el judicial.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional, tal catalogación puede resultar insólita, sobre todo si nos atenemos a la regulación de los derechos y a esa explícita separación entre ciudadano y español. Sin embargo, no lo es tanto si se considera la forma de contemplar e incorporar el dogma por antonomasia del primer constitucionalismo moderno, el de la separación de poderes, en la que el legislativo salió

reforzado hasta el extremo de convertirse en el protagonista de ese gobierno asambleario que jamás se repetiría en nuestra historia.

Concluiré exponiendo las razones por las que, de todo lo tratado en este libro — desde las corrientes teóricas hasta la adaptación a los elementos y requisitos de constitucionalidad que con tanta precisión señaló en su día Dippel, por ejemplo (*Constitucionalismo moderno*. Marcial Pons, 2009) — me he detenido en un único aspecto de la amplia, prolija y madura reflexión; un asunto que, por muy transcendental que sea, no deja de ser particular. Y la explicación reside en que, a mi parecer, Varela desvela algo fundamental: lo que existe verdaderamente detrás del título que, como afirma, ya nunca volvería a usarse entre nosotros, « Constitución Política de la Monarquía Española » que los constituyentes gaditanos, deliberada y conscientemente, quisieron dar al texto que aprobaron. Un texto que concentraba y transmitía su *revolución* en un tiempo en el que lenguaje es todo lo opuesto a inocuo. Formaba, por el contrario, parte incuestionable de un ámbito discursivo destinado a convencer y servía para establecer con precisión los principios políticos de una ideología que a través de él abandonaba el plano de lo teórico para *hacerse real* mediante la inspiración de Constituciones, o modelos, como los recogidos en este libro. Es, me parece, un mérito sobresaliente, sobre todo si se considera que si hubiera sido objeto de una mayor y anterior atención es seguro que, al menos, se hubieran evitado confusiones y algunas confrontaciones inútiles.

Existe en el acervo cultural occidental un aforismo según el cual la mejor manera de resolver un problema es siempre la menos complicada lo que, en nuestro campo, probablemente significa comenzar por el principio. Es decir, por el título, como se hace en este libro con el que el autor cierra, no ideal sino materialmente, un círculo que incluye toda la historia constitucional española desde sus orígenes y que tuvo su punto de partida, allá por los años ochenta, con la *Teoría del Estado en las Cortes de Cádiz* (2ª edición, CEPC, Madrid, 2001). Por lo demás, me resisto a no dejar constancia de la facilidad de la lectura, consecuencia directa de una ágil exposición, un esmerado estilo y una elaborada edición. Algo que agradecemos especialmente quienes admiramos la « historia narrativa británica », que con tanto cuidado cultivaron profesionales como Elliot, Elton, Stone o Skinner y sus coetáneos, y que desafortunadamente está desapareciendo a pasos agigantados.

FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ

REFLEXIONES EN CLAVE CONSTITUCIONAL HISTÓRICA Y EN CLAVE
DE HISTORIA CONSTITUCIONAL

Hace tiempo que la Historia Constitucional como disciplina

científica, disciplina especializada dentro de una más global Historia del Derecho europeo u occidental, no estrictamente nacional y para fenómenos de larga duración, dejó de ser afortunadamente una mera Historia de los textos constitucionales para devenir algo más complejo y, por ello mismo, algo más interesante y atractivo, algo más constructivo y apasionante, sobre todo desde una perspectiva actual, contemporánea, de hodierna utilidad y de servicio efectivo a nuestros tiempos postmodernos. Admitiendo la necesidad del texto, en tanto en cuanto testimonio clave de primera mano para el historiador especializado en el mundo jurídico y político, se requería, no obstante, para una singladura exitosa y con resultados concluyentes, un mejor conocimiento del entramado que rodeaba a aquél, punto de partida inexcusable de cualquier construcción histórica e historiográfica, pero claramente insuficiente por su propia naturaleza parcial y limitada (como acontece, por otro lado, con todo testimonio del pasado). Había que conducirse más allá de las palabras, de las voces empleadas, del nuevo léxico constitucional, para llegar así a los conceptos nombrados y al marco global en el que todos estos eran empleados con exactitud para que cobrase su verdadero sentido el conjunto final resultante, el todo aglutinador. Se buscaba profundizar en las dimensiones del fenómeno constitucional, concebido como un auténtico momento axial, esto es, como un auténtico parteaguas capaz de dividir en dos la Historia del Derecho europeo, señalando de forma clara y nítida dos momentos históricos profundamente separados entre sí desde todos los puntos de vista posibles, con un vocabulario nuevo que era trasunto de todo un mundo conceptual asimismo novedoso sobre el cual comenzaba a edificarse una forma innovadora del sujeto jurídico y también del poder que lo rodeaba y que lo regía. Para tan altos cometidos, no servía la simple exégesis de la Constitución aprobada, la de sus solas palabras, dado que ese proceso interpretativo nos proporcionaría una incompleta radiografía del momento político acotado. A través de esa Historia Constitucional, entendida como conocimiento histórico de todo el proceso político y jurídico que culmina en el texto o en los textos respectivos, se conseguía, con ese documento a modo de pretexto dimanado de un contexto o como precipitado final de todo este conglomerado de situaciones, descubrir el conjunto de las planificaciones, realizaciones y frustraciones de una más amplia cultura constitucional, entendida como el modo específico en que se plantea la vida o experiencia de los poderes y de los derechos en términos modernos, como mecanismos de afirmación y protección de estatutos ciudadanos individuales, con su gama de derechos y libertades, antes que o en primer lugar respecto a los poderes constituidos, ahora, en tiempos revolucionarios y liberales, relegados a un discreto segundo plano por cuanto que habían de servir a los anteriores, por encima de y antes que a ellos mismos.

La cultura constitucional incluye o engloba, es obvio decirlo, el texto final resultante, pero ha de sustentarse en toda una serie de pilares previos que operan como basamento para que el tal edificio constitucional instalado quede perfectamente asentado, sólidamente trazado, minuciosamente definido, ajustado hasta en sus más mínimos detalles y aspectos. Así, las ideologías previas, tanto a favor como en contra del nuevo paradigma político-jurídico, la gestación, desarrollo y culminación del proceso constituyente, los modelos constitucionales de los que se parte y que muestran su influencia en mayor o en menor medida, los proyectos o propuestas constitucionales tomados en consideración que manifiestan opciones ideológicas de un modo más puro, radical y descarnado, la opinión pública circundante de modo oficioso, la prensa política y de otro signo conformando una suerte de *opinio iuris* oficial, los imponderables que rodean todo este circuito donde se interconectan visiones sobre la arquitectura constitucional que finalmente se condensan en el texto a modo de un evangelio político mínimo que empieza a regir y a vivir desde el momento de su aceptación y de su difusión, son, entre otros muchos, factores que hay que tomar en consideración si se quiere penetrar en el espíritu del tiempo para y en el cual vivió, sintió y sufrió la correspondiente experiencia constitucional. La Historia Constitucional es así Historia de la cultura constitucional, esto es, Historia de un modo civilizatorio superior respecto a los tiempos anteriores, al menos si nos movemos en un plano de moralidad o de ética práctica, aplicada, pragmática, en su vertiente pública que es la más relevante aquí y en estas lides. Tal y como quería Hegel en su interpretación de la Historia Universal, el movimiento constitucional sería un nuevo paso hacia esa moralidad superior o absoluta que acaso no se llegue a alcanzar nunca, pero que implicaba avances sustanciales respecto a momentos previos. Historia, en definitiva, poliédrica, con muchos frentes abiertos, con muchas implicaciones y con una riqueza de manantiales que hacen prácticamente imposible secar ese caudal incesante, siempre en movimiento fluido y perpetuo, Historia dirigida a examinar cómo se fue gestando la conformación del poder en sentido moderno y cómo se articularon las relaciones de ese poder con los nuevos ciudadanos que se hallaban en su base, convertidos en primeros y principales sujetos de la disciplina pública. La Historia Constitucional busca conocer, pues, la gesta de la Constitución en su esfuerzo por acabar con el Antiguo Régimen y por construir uno nuevo, rastreando las huellas del primero en el segundo y el tanto de novedad que ese segundo lleva incorporado, para lo cual se abren tres frentes, según nos ha enseñado en su momento, el A. cuya obra ahora pasamos a glosar: el normativo, el institucional y el doctrinal, o lo que es lo mismo, la exégesis del texto por medio de una reconstrucción del contexto que tenga en cuenta el texto mismo, su aplicación práctica o su realización concreta a partir de todo lo anterior, y las lecturas que sobre aquél se suscitaron en su momento a modo de visiones variadas, heteróclitas, de

lo que pretendía ser una voz, un modelo, un ejemplo uniforme para toda la ciudadanía (cfr. *Introducción*, pp. 20-21). Los primeros tiempos del constitucionalismo como doctrina y como aplicación, tiempos de incertidumbre, de indecisiones y de cierta timidez del pensamiento, fueron indefectiblemente así porque no podían ser de otro modo, debido a las las inercias que había que vencer y a los enemigos que tenía que derrotar. La Historia gusta de transiciones lentas y, en ocasiones, hasta imperceptibles. No se trata de analizar continuidades o discontinuidades en exclusiva; no se debe analizar solamente lo que queda y lo que se va entre una y otra época, porque no hay rupturas totales, salvo en momentos muy puntuales del acontecer histórico, sino intentar captar la sensación o la percepción que se tenía en el momento concreto estudiado acerca de si se producían unas u otras, si todo seguía igual o si se detectaban cambios intensos y extensos, con mayor o menor vocación de ruptura, que implicaban modificaciones de la representación que aquellos sujetos, los protagonistas de la transición constitucional, los sujetos historiados, tenían de sí mismos y del orden general del que formaban parte.

Con el título *La monarquía doceañista*, se presentan ahora en cuidada edición siete ensayos del Prof. Varela, dispersos y variados, pero surgidos con ánimo monográfico al amparo de un proyecto mayor sobre la Monarquía en el constitucionalismo británico, francés y español entre 1688 y 1837. No obstante la disparidad de tiempo, forma y extensión, hay un espíritu común que unifica todos los textos, un *leit-motiv* que les da sentido concordante: el objeto elegido, el rey, su poder, su imbricación o su relación con otros poderes, su representación a los ojos de la ciudadanía, como se verá a continuación. Se han realizado, por supuesto, algunos añadidos y modificaciones respecto a las sedes originarias donde aparecieron por vez primera, cambios honestos de forma y fondo, muchos de los cuales se justifican y cobran sentido de nuevo a partir de ese esfuerzo adaptador bibliográfico: ha pasado mucho tiempo desde algunas de esas primeras publicaciones y la bibliografía no ha cesado de inundar librerías y bibliotecas, por lo que esa puesta al día y esa puesta a punto del material historiográfico devenía imperativa, sin que esto implique modificación de los pareceres del A., ni mucho menos (la lista y la noticia vital, esto es, la procedencia de cada uno de los trabajos se puede consultar en *Introducción*, p. 15-22; complementan estos primeros pasos tanto el apartado de *Fuentes y bibliografía*, pp. 437-465, como el inexcusable e indispensable *Índice Onomástico*, pp. 467-479, en la parte final del libro). Los argumentos siguen estando ahí presentes y siguen frescos como en su momento gestacional, si bien complementados o apuntalados por las novedades literarias allí incorporadas, sin perder de vista nunca las fuentes, entendidas en un amplio sentido como todo documento relacionado con el período acotado y con sus vicisitudes político-constitucionales, lo que incluye *Diarios de Sesiones* de las Cortes, ensayos y opúsculos

doctrinales, españoles y extranjeros, prensa aparecida en Inglaterra, Francia y España, más un importante número de epistolarios, biografías, memorias, textos más personales y subjetivos, y estudios históricos del momento, así como repertorios de Constituciones, leyes y decretos (cfr. *Introducción*, p. 21 y, más en detalle, evidentemente, el capítulo bibliográfico indicado *supra*, pp. 437-465, distinguiendo entre fuentes parlamentarias, fuentes doctrinales nacionales y extranjeras, periódicos y revistas, correspondencias, biografías, memorias y semblanzas, estudios históricos y repertorios documentales de la época, y fuentes constitucionales y normativas, para rematar con la bibliografía propiamente dicha). Se trata, pues, de una compilación revisitada que tiene por objeto principal no un texto constitucional específico, sino la percepción que de un texto constitucional concreto, en este caso, de la Constitución española de 1812, se tuvo a lo largo del primer tercio del siglo XIX, es decir, durante los tres momentos históricos en que la citada Constitución estuvo vigente (1812-1814; 1820-1823; 1836-1837: más exactamente, el punto de partida es aquel Decreto primero de las Cortes de Cádiz, con fecha de 24 de septiembre de 1810, donde se hablaba un nuevo lenguaje político no continuado o no continuado con la misma intensidad que en esas vísperas gaditanas, mientras que el punto de llegada lo conforma el 18 de junio de 1837, cuando se aprueba la nueva Constitución revisada o reformada, que acoge en su articulado un espíritu de transacción entre moderados y progresistas, liquidando de todo punto el legado de 1812). Con esto se quiere afirmar que no debe esperar el curioso lector un tratado de Historia Constitucional con tedioso desglose y comentario de títulos y de artículos al modo actual de los modernos cultivadores del Derecho Público, ni una exposición de los poderes o potestades constitucionales dimanantes del texto gaditano, ni tampoco una mecánica y aburrida descripción de procesos constituyentes. Es una aproximación singular porque no se trata de un monográfico al uso sobre el texto gaditano de 1812, de los que tanto han abundado y proliferando con desigual fortuna en el pasado año 2012, año de desmesurados fastos y recreaciones constitucionales de todo signo y medida, con Cádiz en el ojo del huracán y como centro neurálgico de todo tipo de eventos y festividades con la excusa constitucional perfecta para tales conmemoraciones. Este libro es algo más.

Y es algo más, porque, empleando el texto gaditano como punto de partida, lo que se muestra realmente es cómo funcionó dicha Constitución en la vida real, a partir de un texto que alumbró de forma paradigmática un tipo de gobierno, el monárquico allí recogido, para lo cual se muestra su diseño originario (el del título IV de la Constitución misma), pero en conexión indispensable con el restante articulado constitucional. Abandonando o eludiendo logros modernos o percepciones de este cariz (derechos y libertades naturales, así como sus garantías), la Constitución se sigue concentrando en el poder y no en el ciudadano, por lo que aquello que se desprende de Cádiz y que lo

trasciende por la vía de la supervivencia no es sino la forma específica de gestión de lo público que allí se contemplaba, con necesaria imbricación de todas las autoridades reflejadas en su largo articulado: no en vano uno de sus redactores, Agustín de Argüelles, hablaba de la Constitución como *sistema*, esto es, como una máquina precisa y lógica, casi de relojería, en la cual todas las partes tenían que funcionar de acuerdo con sus competencias, fuerzas, poderes y destinos, para que el conjunto final resultante fuese armónico y, sobre todo, funcionase políticamente hablando, lo que comportaba el riesgo efectivo (que de hecho se materializó en varias ocasiones) de que cualquier defecto, obstáculo u omisión, por mínimo que fuese, en tal funcionamiento acabaría por arruinar el mecanismo global y hacerlo de todo punto inservible. El diseño político de la Constitución de Cádiz exigía que todos los poderes o potestades implicados funcionasen de acuerdo con la partitura constitucional, de modo armónico y sinfónico, con respeto pleno a sus respectivas atribuciones y con cierta buena fe en sus relaciones con las otras voces cantantes e instrumentos solistas: cualquier desvío de la partitura o cualquier nota desafinada (no estábamos en tiempos de dodecafonismo y atonalidades, sino de suma ordoxia compositiva) provocaría la ruina de la obra y eso fue lo que sucedió en la práctica, certificando la imposibilidad o la inutilidad de la Constitución, incapaz de hacer frente a la realidad de su tiempo, incapaz de transformarla, quizás porque fue incapaz de aprehenderla y de comprenderla. El A. lo que plantea, a través del trasfondo constitucional siempre presente, es una visión particular de la Historia política de España a lo largo de los tiempos inciertos, duros y convulsos, en que rigió la Constitución gaditana, con sus correspondientes doctrinas o teorías constitucionales a modo de contrapunto, un documento constitucional transubstanciado ahora en esa forma de gobierno monárquica, que caracterizaba todo el articulado desde el principio hasta el final, *extraña forma de gobierno*, como reza expresivamente el título, donde se combinaban aspectos políticos de todo tipo y textura con mayores o menores intensidades, pero, en definitiva, la forma de gobierno histórica que hubo y que se tuvo que aplicar en esos casi cuarenta años que abarca la temática del libro. Una vigencia no lineal, ni llana, sino con altibajos, avances y retrocesos, triunfos y derrotas, sometida a las circunstancias del momento, a los enfrentamientos inevitables procedentes de diversos flancos y frentes, que iban desde el de los afrancesados, los absolutistas, reaccionarios o serviles, puros y no tan puros, hasta, más adelante, las propias filas liberales, pasando por las vicisitudes de algunos personajes que tienen que comparecer obligatoriamente por exigencias del guión, como es el caso de Fernando VII, el protagonista de excepción de esa monarquía pergeñada en el texto gaditano (en él se pensaba al redactar la Constitución y a él estaba dirigida ésta a modo de recordatorio coactivo de sus deberes y obligaciones como

monarca católico), y también el responsable de su aciago destino en dos momentos puntuales y concretos.

No es una Historia de la Constitución al uso, decíamos, atada a la literalidad del momento constitucional concreto, sino una Historia más compleja de todas las lecturas que de esa Constitución se hicieron, en unos tiempos, aquellos de un embrionario constitucionalismo en formación, *in fieri*, en donde lo relevante no era tanto lo que el texto constitucional dijese en sí mismo de forma directa, *per se*, sino la percepción que de aquél tuviese el auditorio al cual iba dirigido el discurso constitucional de poderes, derechos y libertades (y, cómo no, deberes) allí compilado, como mejor ordenación de una vieja Constitución histórica que, por fin, parecía haberse encontrado tras muchos siglos de búsqueda, de rastreo y de ocultación, ya voluntaria, ya involuntaria. Hay que volver la vista a las personas que escuchaban el discurso constitucional (ya fuesen elites o no), a sus múltiples destinatarios, y a la representación que se hicieron de la misma, partiendo del texto y sin quedarnos en la literalidad del mismo, yendo más allá, buscando un sentido profundo que solamente se puede vislumbrar si se incardinan las palabras en el seno de un flujo intelectual continuado, es decir, colocando las palabras sobre la superficie del mapa conceptual que era empleado por las personalidades que se encuentran detrás del propio texto constitucional de 1812. Una lectura que además coloca al historiador constitucional en la tesitura de elegir la perspectiva más acertada, en el sentido de científicamente más fundada, para acercarse al texto objeto de estudio, lo que es, por elevación, cuestionarse o preguntarse acerca de la labor misma del historiador, de todo historiador, respecto a los modos, formas y maneras de enfrentarse al material historiográfico que conforman los testimonios a partir de los cuales operamos. Las opciones son dos: o bien lectura presentista, desde la actualidad, con los anteojos y prejuicios del presente, o bien lectura contextualizada, a partir de las lentes del pasado, una lectura posterior y desde fuera, sin participar, ni celebrar resultado alguno, sin comprometernos emocionalmente con el tiempo analizado. Perspectivas que conducen a soluciones y a conclusiones bien diferentes, máxime en el ejemplo gaditano que se examina por su condición de época de transición, esto es, de época de encuentro no necesariamente violento entre dos mundos. No es lo mismo leer Cádiz desde la perspectiva del siglo XIX que desde la perspectiva del siglo XVIII. No es lo mismo una lectura romántica o liberal de la Constitución que una lectura ilustrada de la misma. El texto es idéntico; los puntos de vista no lo son. Acercarse a ese material constitucional pasado exige emplear el lenguaje y el universo mental de los hombres que forjaron tal Constitución, meterse en su cabeza y tratar de captar y de comprender cómo pensaban y por qué pensaban así, es decir, buscar antes de nada saber qué es lo que significó la Constitución de 1812 para los hombres que la vivieron, la construyeron y la padecieron, para lo bueno y para lo malo,

y no lo que los historiadores posteriormente han pensado o interpretado a partir del conglomerado normativo gaditano. No anticipar, sino contextualizar. De ahí, la necesidad de acarrear fuentes plurales y distintas de las meramente constitucionales; de ahí, la necesidad de reconstruir un contexto a la luz de un texto y viceversa, que es el esfuerzo al que consagra el A. esta monografía; de ahí, la necesidad de establecer cómo se representaron los hombres de la época la posible continuidad o discontinuidad que emanaba del texto constitucional, como protagonistas de primera fila de la realidad. Nosotros, los historiadores actuales, debemos circunscribir nuestra tarea a dejar constancia de lo que aquellos hombres dijeron, sintieron y pensaron, con arreglo a sus propias palabras, a sus voces y categorías mentales, en relación a un texto que tiene que ser leído a la luz de las circunstancias concretas en que fue hecho, fue difundido, fue captado y percibido por sus plurales destinatarios. Lo contrario supone introducirnos en los cenagosos terrenos del presentismo y, con él, en los de la distorsión, la precomprensión, el dogmatismo y la disolución de la labor histórica a favor de otros argumentos o intereses más allá de la Historia misma, incluida la peligrosa búsqueda de antecedentes que prejuzgan el resultado de toda investigación hasta coaccionarla, y vuelven frágil y oscilante la necesaria pluralidad e imparcialidad del historiador. En ninguno de estos pecados o defectos, todo hay que decirlo, incurre el Prof. Varela.

El acierto de estos trabajos convertidos en monografía unitaria radica, pues, en que, además de respetar el contexto de cada uno de los textos o testimonios empleados, es decir, de hablar con el lenguaje del tiempo analizado y con incardinación en su universo mental, no hay una estricta vinculación a la Constitución, literalmente hablando, sino a la forma de gobierno dimanante de la misma, lo que implica tener en cuenta el articulado constitucional, pero también, y con una no menor importancia, el desarrollo de ese articulado, su materialización, su realización en estos tiempos inciertos en los que vivió la Constitución de 1812, sus *avatares* o vicisitudes vitales, la propia peripecia existencial que le toca recorrer, sus elogios o *encomios*, pero también las feroces críticas o *denuestos* que tuvo que soportar por parte de casi todas las facciones políticas implicadas. Porque la Constitución de Cádiz no fue tema pacífico cuando salió de las Cortes, pasó por la imprenta y comenzó a difundirse por el orbe hispánico: no dejó a nadie indiferente. Y ello porque en su gestación está presente la más rabiosa actualidad del tiempo en que se generó. En sus orígenes mismos, aparece el debate sobre el modelo monárquico que se quería plasmar y desarrollar en estas tierras a partir de las dos grandes experiencias en confrontación: la británica y la francesa. Pero esa dinámica no se abandona nunca y golpea incesantemente el texto en su singladura vital. Son los marcos conceptuales dentro de los que se gesta la Constitución, dentro de los que se le hace ver la luz y que, de forma indefectible, condicionan sus

lecturas posteriores, siempre con esos elementos de partida que, repetimos, no se pierden nunca y siempre la están sobrevolando, buscando traerla a sus respectivos dominios, hacerla alumna aventajada de alguna de esas dos experiencias constitucionales previas. El dilema era, en suma, revolución sí o revolución no. Y se optó por lo segundo, puesto que, aunque hubo revolucionarios, no hubo revolución o no hubo una revolución instantánea e inmediata, dominadora de la Historia, rupturista como la francesa, acaso por el miedo y el terror que ésta generó e irradió a todo el continente. Siendo los modos, aspiraciones y actitudes por parte de buena parte de los liberales proclives a la segunda de ellas, a la solución constitucional francesa, lo cierto es que es la primera, la británica, la que se lleva el gato al agua y se erige en dominante gracias al protagonismo de relevantes hombres públicos que insertan a España en un corriente de moderantismo o conservadurismo que reconoce a la Historia y sólo a la Historia como auténtico poder constituyente, como auténtico depósito de las esencias constitucionales, sin permitir a la mano del hombre acción alguna, salvo la mejora o la protección de lo que aquélla transmitía y enseñaba. De ahí nace la doctrina de la *Constitución interna* o *histórica*, que supone neutralizar tres elementos vinculados a las concepciones revolucionarias liberales: la nación, la soberanía nacional y el poder constituyente. Con ello, se consigue un objetivo claro: eludir la revolución (como máximo, se llega a la reforma) y eludir el riesgo, miedo o temor a una fractura de época que no se quería, ni se deseaba, ni para la que estaba preparada la Monarquía hispánica. En resumen, la argumentación ilustrada basada en un cúmulo de reformas para apuntalar el edificio monárquico (cambios evidentes y necesarios, pero sobre un fondo intocable e inmodificable, donde aparecen como actores principales la idea misma de realeza, el poder del rey, las Cortes, el catolicismo, las corporaciones, los territorios, etc.) toma cuerpo en las soluciones constitucionales que se dan para resolver la pléyade de crisis con las que arranca el siglo XIX y nuestro primer constitucionalismo. Con ellas, llega el modelo británico de aquella monarquía moderada o templada, que adiciona componentes sociales y políticos heterogéneos (monárquicos, democráticos, aristocráticos), para que la forma resultante sea algo equilibrado y lo sea porque la moderación social era la garantía de la posterior moderación política, y que, al mismo tiempo, contempla los avances como recuperaciones o restauraciones de valores, principios y esencias perdidas en la noche de los tiempos. La Constitución de Cádiz, vigente o en el recuerdo, asentada o rechazada, preside el debate político a lo largo de todos esos años, y a su lado esos dos modelos sempiternos. Todo lo que se dice o hace tiene como parámetro el texto de 1812 en su relación con las experiencias constitucionales procedentes de Francia y de más allá del Canal de la Mancha. Hay que decir asimismo que tampoco puede examinarse el mundo gaditano y el de los primeros tiempos liberales desde la perspectiva excluyente de las ideologías dominantes porque ni

éstas implicaban cerrazón, ni las diferencias entre facciones eran insalvables. El funcionamiento oscilante de las Cortes y las votaciones cambiantes, en lo cuantitativo y en lo cualitativo, muestran esto a la perfección, lo que prueba que el *corpus* ideológico era el mismo, que el compendio mínimo de creencias de liberales y no liberales era, en esencia, compartido por unos y otros.

A esos orígenes y a esos modelos, que luego sobreviven con el tiempo a toda suerte de discusiones, se consagra el primero de los trabajos (cfr. Cap. 1. *Modelos monárquicos ante las Cortes de Cádiz*, pp. 23-69), en donde, excepción hecha del modelo norteamericano (querido, aunque no publicitado en exceso, por los diputados americanos, debido a su combinación explosiva de emancipación, republicanism y federalismo), comparecen los dos arquetipos anteriormente expresados y su lugar específico de recepción a partir de las facciones políticas e ideológicas bien conocidas. El modelo británico, ya comúnmente difundido desde tiempos ilustrados, aunque en una versión mitificada (el modelo de monarquía constitucional que Locke, Bolingbroke, Montesquieu, Blackstone y De Lolme habían teorizado y descrito, que nada o muy poco tenía que ver con las prácticas políticas de comienzos del siglo XIX, ya gestadas a lo largo del siglo XVIII, las cuales habían hecho germinar una monarquía de tipo parlamentario con un rey en proceso de retraimiento y un ejecutivo activo y dinámico controlado por las dos Cámaras), es el lugar donde se encuentran cómodos y que reconocen como propio y natural los pensadores más conservadores, con Jovellanos a la cabeza. Llega como consecuencia de las traducciones de los autores citados, recibidos por buena parte de nuestra intelectualidad ilustrada, amén de ciertas actuaciones personales como las de Lord Holland y John Allen, pero sin que el liberalismo patrio se deje permear por el mismo. Conservadores y moderados, realistas tibios, reformistas en suma, quieren esta monarquía británica y lo hacen explícito en todo el proceso que conduce a las Cortes de Cádiz, condicionando los resultados constitucionales finales a nuestro entender. El historicismo consciente, querido, deliberado, de perfiles románticos y antirraciona- listas, tiñe esta visión que no alcanza a los liberales. De hecho, estos apenas percibían como factible esta monarquía y pensaban alojarse en las estancias del modelo francés, con una realza muy limitada en cuanto a poderes, una nación en efervescencia y un asamblearismo maximizado y evidente derivado de lo anterior. Es el mundo de Rousseau y de Sieyès el que aquí se practica como algo emanado del segundo modelo, pero tampoco con excesos, puesto que subyacía ese miedo a la ruptura y al vacío subsiguiente, al día después del momento revolucionario. Acaso Martínez Marina sea el personaje que mejor marida ambas direcciones, del mismo modo que en sede parlamentaria lo hará Argüelles: vocabulario nuevo de importación gala y algún concepto que comparte idéntica novedad, pero teñido de un contexto, unos estilos, unos ritmos típicamente británicos, en el sentido de

considerar el proceso político como un *eterno-retorno*, una vuelta a las raíces, lo que hace que la Historia sea una protagonista de excepción donde se encuentra perfectamente definida la Constitución y, en consecuencia, se le reconozca a aquélla casi virtualidad constituyente. El carácter de transición y de transacción que hay en Cádiz, esa naturaleza híbrida, puede explicar esta vía intermedia que haría eclosionar un verdadero y genuino modelo hispánico de construcción constitucional, que ni depende en todo de Francia, ni admite con todas sus consecuencias y efectos la forma británica. Lo importante, también en esta sede ideológica, no es tanto el modelo y sus vías de penetración como la lectura, parcial e interesada, que se hace del mismo, la captación de aquél y su distorsión voluntaria en provecho de determinados fines. De Francia se toma lo acontecido entre 1789 y 1791, pero no se contempla lo que pasó después con el jacobinismo en erupción; del Reino Unido, se emplea la mítica monarquía constitucional surgida de la Gloriosa, pero no las prácticas, convenciones y usos que habían retirado de la primera línea de actividad al rey. De cada modelo se quiere algo concreto y se quiere algo que pueda encajarse en una cierta tradición nacional sin sobresaltos y sin interrupciones drásticas y violentas. Eso es, en resumidas cuentas, el constitucionalismo gaditano: una mezcla de lo propio y de lo ajeno, una combinación de lo viejo y de lo nuevo.

El más extenso de los trabajos es una glosa a la Constitución desde la perspectiva del rey o con éste como enfoque principal, que prácticamente agota la temática mediante una lectura total e integrada del texto gaditano para la que se tienen en cuenta todos sus títulos, capítulos y artículos, a partir de la perspectiva indicada (cfr. Cap. 2. *El rey en la Constitución de 1812*, pp. 71-157). Por allí desfilan reflexiones discutibles acerca del poder constituyente (un poder difícilmente asimilable al francés como cancelador y superador del pasado, lo que nos lleva a cuestionar la propia existencia, la contundencia y la fortaleza del mismo) y también del poder de reforma (construido en Cádiz para evitar la reforma misma de la Constitución, tanto por parte del rey — que no interviene para nada en esa acción de cambio — como por impulso de las Cortes — sometidas a unos requisitos muy difíciles de ejecutar —), para después continuar con el análisis de la división de poderes (mejor dicho, de las *potestades* conforme a la literalidad del texto constitucional), la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, y la sucesiva participación del rey en el poder legislativo (con la sanción y su reverso, el veto), en el ejecutivo (potestad reglamentaria, dirección de la administración) y en la función jurisdiccional, concluyendo con dos acertadas reflexiones acerca de la dirección política (que resultaba conjunta al ensanchar la voluntad del rey con la de las Cortes en la mayor parte de los casos: basta comparar el art. 131 con los arts. 171 y 172 de la Constitución, a modo de anverso y reverso de una misma moneda) y la misteriosa naturaleza del modelo monárquico gaditano, que ni era una pura monarquía constitucional *more britanni-*

co, ni tampoco una auténtica monarquía parlamentaria a la francesa. Política y jurídicamente, se consigue sobre el papel un forzado y difícil equilibrio entre un rey (que sigue teniendo importantes poderes, prerrogativas y facultades, que no queda indefenso y que no pierde, ni tampoco gana nada, sino al que más bien se le recuerda cuál era su posición tradicional, cuyo olvido ha causado los momentos críticos precedentes) y unas Cortes (que tampoco se convierten en triunfadoras incuestionables, en asamblea todopoderosa). Era esa *extraña* forma de gobierno, esa *extraña*, rara, distinta Monarquía, que tomaba aspectos de una y otra experiencia, tamizados de Historia y de Escolástica, es decir, incardinados en un discurso historicista con gran dependencia del pensamiento teológico-filosófico de tradición aristotélica y tomista, típicamente hispánico y, más en particular, castellano, y con muy escasos componentes o incrustaciones iusnaturalistas y racionalistas (los cuales, cuando hacen su aparición estelar, lo hacen mediatizados por el catolicismo imperante). Era una vieja Monarquía Nacional revisitada o restaurada, expresión de una antigua Nación monárquica, fórmula dual donde sustantivo y adjetivo son importantes y, por ello, intercambiables, que cobijaba y aceptaba tanto el sentimiento tradicional regio como el nuevo impulso de la Nación depositado en las Cortes, es decir, Constitución histórica casi en forma químicamente pura.

No todo fue tan simple en el plano ideológico como anteriormente hemos expuesto al hilo de las reflexiones de nuestro A.: conservadores moderados a la británica y liberales exaltados — o no tanto — a la francesa, blanco y negro políticamente hablando, sin zonas comunes. En época de cambios, debe haber sitio para la amplia gama de grises, de transiciones. El polifacético Blanco-White es la nota heterodoxa que nos enseña cómo se podían combinar mundos en apariencia opuestos: ser liberal y, al mismo tiempo, ser anglófilo, y además cómo difundir toda esta amalgama desde las páginas de un excelente diario político como fue *El Español*. Viniendo del liberalismo más radical, la influencia combinada de Jovellanos, Lord Holland y Ángel de la Vega Infanzón produce la conversión a la anglofilia militante, a lo que ayuda, cómo no, el exilio londinense. Y lo consigue precisamente pasando por encima del mito tan querido a nuestra Ilustración de la Constitución británica para analizar la realidad política y jurídica del Reino Unido a la altura del siglo XIX, es decir, como ya habíamos anticipado, mostrando cómo el ejemplo británico caminaba en la senda de una monarquía parlamentaria a modo de estado superior y diferente al de la monarquía constitucional, de la que se partía originariamente en el siglo XVII. Bentham y Burke son elementos capitales en este tránsito, vacunas contra las mitologías, además de Paley. Esto desemboca en una feroz crítica a la Constitución de Cádiz, como no podía ser de otra forma, por cuanto que se le imputa al texto una incorrecta lectura y una errónea interpretación de los instrumentos históricos, lo que impide de plano alcanzar la solidez y la templanza británicas. A ello colabora posible-

mente Lord Holland desde las páginas de la *Edinburg Review*, partiendo de la *Teoría de las Cortes* de Martínez Marina, en una línea análoga a la de Blanco-White. En el horizonte se vislumbra la Carta Constitucional francesa de 1814, que es a lo que aspiran unos y otros, fundiendo en uno solo los modelos antagónicos hasta entonces coexistentes: la perfección política británica, fruto de la Historia, de años y años de ensayos, aciertos y errores, conseguida a partir del estatalismo francés, manifestado en el hecho mismo de que la Constitución arranca del rey, no del pueblo, ni de la nación, con silencio de los individuos, una vez más. Lo que está claro es que no se precisa en tales lides de individualismo alguno; la Historia y, sobre todo, el Estado se bastarán para crear un nuevo y sólido modelo constitucional (cfr. Cap. 3. *La alternativa anglófila de Blanco-White en El Español*, pp. 159-191). Blanco-White pone sobre el tablero dos cosas de gran importancia y que el A. nos recuerda: que la Constitución de 1812 no era intocable, ni mucho menos perfecta, y que la reforma de la misma debía seguir la tendencia y las direcciones marcadas desde el Reino Unido, como Francia, la Francia de la Restauración borbónica, acreditará de inmediato.

Que los materiales sobre los que se operaba eran los mismos y que las sensibilidades constitucionales eran el resultado de diferentes lecturas de las viejas Leyes Fundamentales, admitiendo una misma teoría constitucional subyacente, se pone de manifiesto en el período que va de 1814 a 1820 (cfr. Cap. 4. *Retorno al absolutismo y primer exilio liberal*, pp. 193-241). Hay una cierta unidad intelectual en todos los ejemplos manejados que suponen la admisión de unos presupuestos comunes y que comparten asimismo una crítica conjunta a la Constitución de 1812 por no haber sabido leer los entresijos del material histórico con todas sus implicaciones. La perspectiva historicista determinaba el sentido de la crítica, al mismo tiempo que abría la puerta para el inmediato destino que se quería dar al texto constitucional, esto es, para responder a la pregunta qué hacer con la Constitución. Las Cortes Generales y Extraordinarias se han equivocado. Eso es evidente desde todos los puntos de vista posibles. Los realistas siguen indagando en la Historia patria. Los más conspicuos liberales abren sus ojos en dirección a Inglaterra, toda vez que Francia misma también lo ha hecho (recuérdese la Carta de Luis XVIII citada líneas arriba). El historicismo vuelve a tomar cuerpo; vuelve a ser invocada la Historia con fuerza. La revolución, como superación de ésta, es cada vez más un triste y sombrío recuerdo. Por eso, no es imposible la coexistencia, cuando menos intelectual, del *Manifiesto de los Persas* (desde postulados reaccionarios), de la *Representación* de Flórez Estrada (desde una órbita liberal, aun admitiendo algunos presupuestos históricos indiscutibles), del Acta Constitucional de 1819 (estudiada por C. Morange, a quien remite el A.) o de la obra P. P. Fernández Sardino (*El Español Constitucional*), con un tono más moderado de crítica que se combina con elogios y loas a esa Constitución santa y sagrada, la mejor de

Europa. Con todo ello se pone de manifiesto una urgencia histórica que no admitía demora, ni excusas: había que cambiar la Constitución de Cádiz cuando las circunstancias lo permitiesen, lo que conducía a un eventual golpe de fuerza pues era éste el único camino que Fernando VIII había dejado expedito a los liberales. Hay que esperar al Trienio para que esto se explicita en la esfera política, para que se materialice, pero siempre partiendo de unos presupuestos concordantes entre todas las facciones, concretado en un lenguaje y en unas ideas mínimas confluyentes. Cádiz como lectura de la Historia es campo de batalla de todos los que proponen lecturas alternativas de aquélla. El modo de actuación o de argumentación es, sin embargo, el mismo.

La imposibilidad de llevar a la práctica la Constitución en todos sus extremos queda certificada en el Trienio Liberal: es la Constitución irrealizable que se sustenta precisamente en una Monarquía que también lo es, que no tiene visos de hacerse carne de conformidad con lo que el texto constitucional sancionaba. Si anteriormente la crítica había puesto de manifiesto la falta de encaje de Cádiz con la Historia a resultas de esa lectura incorrecta pergeñada por los diputados, entre 1820 y 1823 se pondrá de relieve otro aspecto: la falta de concordancia de la Constitución con la realidad. Allí donde aparece la Constitución y donde se intenta aplicar, allí surge un problema político, acabando por ser un texto incumplido, rebasado, superado, violado, tanto por el rey (que llega a ser inhabilitado con correspondiente nombramiento de regencia en cumplimiento de las previsiones constitucionales) como por las propias Cortes, en principio, las encargadas de su defensa. En relación a Cádiz y en relación a su futuro inmediato, empiezan a surgir dudas y distintas posiciones dentro del campo liberal, todo ello acompañado del problema americano y económico, que hacían imposible el orden, la paz y la tranquilidad. Moderados y progresistas, doceañistas y exaltados, partidarios de modificar la Constitución y de adelgazarla frente a partidarios de llevarla a la práctica sin tocar una coma con su sentido originario, defensores de un sistema presidencialista bajo la dirección del rey (Felú, Martínez de la Rosa, Argüelles, Toreno) frente a los que propugnaban un asamblearismo de regusto revolucionario galo (San Miguel, Flórez Estada, Romero Alpuente. Moreno Guerra, Alcalá Galiano), lo cierto es que el texto acaba por romper todos los consensos mínimos indispensables para asegurar su asentamiento y su difusión. La concordia constitucional es una utopía. Cádiz separa, antes que une, rompe y no restaura. Su suerte y la de régimen que traía bajo su costado estaban echadas y la Santa Alianza, el Congreso de Verona, el duque de Angulema y los Cien Mil Hijos de San Luis hicieron el resto. Solamente cabía el cambio y esto lo explicitan algunos pensadores ya durante el propio Trienio, conscientes del rotundo fracaso gaditano en sus dos periplos previos, lo que no impidió un cierto éxito académico como materia de estudio. La parte final nos informa del ambiente literario de la época, con unos escritos que acompañarán la singladura

constitucional: varias traducciones (Bentham y Constant), algunos comentarios al texto gaditano, y, sobre todo, los trabajos de Ramón de Salas, los artículos aparecidos en *El Censor* (dirigido por Alberto Lista) y los *Principios* de Martínez Marina. Sin conseguir un triunfo político real, la Constitución se tiene que contentar con su conversión en material literario de primera magnitud. Victoria pírrica, si se permite la expresión. E insuficiente por lo que vendrá a continuación (cfr. Cap. 5. *La monarquía doceañista durante el Trienio*, pp. 243-317).

Viendo que Cádiz ni servía a la Historia, ni tampoco a la realidad política del momento como la experiencia había demostrado, el obligado replanteamiento de la materia constitucional tiene lugar a lo largo de la Década Ominosa (1823-1833). El liberalismo abandona aquella Constitución, consciente de su imposibilidad, y busca consuelo en Francia y en Inglaterra. Europa era otra distinta a la del primer exilio. El liberalismo realista, contemporizador, pragmático, el doctrinario o moderado, había encontrado asiento en tierras galas y de ahí irradiaba luz a todo el Occidente europeo, sin olvidar el modelo parlamentario británico que muchos exiliados conocen de primera mano. Unidos ambos, las diferencias de antaño se eliminan y son presentados como la misma cosa. Tampoco se olvidan otras experiencias como la vecina portuguesa. Son los tiempos de Londres, de Blanco-White y Alcalá Galiano, de la segunda etapa del *El Español Constitucional*, de un Canga Argüelles desorientado y apesadumbrado, o de un Argüelles que examina históricamente lo que se hizo en Cádiz con nostalgia y sin ínfulas radicales de ningún tipo, abandonado ya el juvenil sentimiento de revolución. Desde París, Romero Alpuente, Toreno, la revolución de 1830 y Andrés Borrego hacen lo propio. Es tiempo de revisar lo que se ha hecho, de analizar fallos y aciertos, y de buscar nuevos caminos. Todos ellos toman conciencia de que la Constitución no sirve y que es urgente e imperativo cambiarla para hacerla más operativa. Si no se hace así, no se cumplirá nunca y nunca será respetada. El ocaso del absolutismo acelera el tránsito hacia un nuevo modelo que será instaurado a partir de 1833, cuando Fernando VII desaparezca para siempre de la faz de la tierra (cfr. Cap. 6. *El segundo exilio liberal y el debate sobre la monarquía*, pp. 319-372).

Los hombres que se encaraman al poder tras el fallecimiento del monarca son lo más moderado del realismo (Cea Bermúdez o Javier de Burgos, por ejemplo) y, sobre todo, lo más granado del moderantismo liberal, víctimas de la frustración histórica que había supuesto Cádiz, por cuanto la mayor parte de ellos había coadyuvado a su nacimiento y difusión, pero habían constatado también su imposibilidad (Martínez de la Rosa, a la cabeza de todos ellos). Resultado de todo ese debate previo serán el Estatuto Real y la Constitución de 1837, piezas de difícil encaje dentro de una dogmática constitucional por lo que dirá nuestro A. El primero no es, ni alcanza a ser, texto constitucional propiamente dicho, ni siquiera bajo la forma y aspecto de una carta otorgada o de

una carta pactada. Como buena expresión del moderantismo imperante, sus autores lo presentan como una singular revitalización de las Leyes Fundamentales, en este caso, de las relativas a las Cortes y a su convocatoria, organización y funcionamiento, con algunos añadidos mínimos relativos al poder ejecutivo, en la misma línea que había establecido el proemio de la Constitución de 1812. Pero no hay elementos o aspectos constitucionales en su breve articulado (soberanía nacional, división de poderes, derechos y libertades, etc.). Es un avance, pero tímido e inseguro. Se quería un Parlamento, pero sin excesos, evitando riesgos. Era un parto controlado hasta el más mínimo detalle, sin espacio alguno para improvisación o la espontaneidad, lo que se hacía secuestrando a la nación, otra vez, mediante el recurso a la Historia. Tras un fugaz y muy poco sincero restablecimiento de la Constitución doceañista, la Constitución de 1837 se presenta antes que como Constitución innovadora, como revisión o reforma de la Constitución de Cádiz, con una soberanía activada procedente de la nación, pero con el valladar infranqueable que suponían aquellos principios mínimos, primeros e indisponibles que venían atesorados por la vieja Constitución histórica en donde estaban depositadas todas aquellas ancianas Leyes Fundamentales. La Comisión constitucional trabaja, bajo la dirección de Argüelles, de acuerdo con unos parámetros claros, que inciden en la necesidad de reducción del articulado constitucional, en lo cuantitativo y en lo cualitativo, en la consagración del bicameralismo, en el incremento de los poderes del rey (el veto absoluto y el convocatoria, suspensión, reanudación y cierre de las Cortes, con algunos límites), y en el sufragio ahora ya directo, pero con el patrimonio como forma de atribución del mismo. Los rasgos del doctrinarismo. Ambos textos son manifestación de un liberalismo que echa mano de los modelos europeos, confiando en la moderación que estos traen consigo, un liberalismo que quiere superar el absolutismo, pero que tampoco quieren consagrar un régimen abierta y radicalmente liberal. Son textos de transacción, de acuerdo entre las facciones liberales, donde ambas se pueden reconocer a la perfección, aunque de modo insuficiente e incompleto. Cádiz había muerto y en el verano de 1837 se certifica el inicio de un nuevo tiempo con una nueva Constitución, acompañada de una nueva teoría constitucional. Se había renunciado a las esencias patrias para implementar un modelo tomado de Europa. Como algunos ilustrados habían dicho en su momento, en Europa estaba la salvación y este movimiento parecía acreditarlo con suma claridad (cfr. Cap. 7. *La difícil transición a la monarquía constitucional*, pp. 373-431).

Fue, en resumidas cuentas, aquella monarquía una extraña forma de gobierno derivada de una también extraña Constitución, en la que se enlazaban pasado y presente, que unía Historia y Soberanía, Monarquía y Nación, sin que llegase a prevalecer ninguno de esos componentes ni en el plano jurídico, ni en el de la dirección política. Cádiz fue, antes

que tozuda realidad, un mito, una leyenda, un invento elitista, que se compadecía muy mal con lo que pasaba fuera de sus palabras y que chocó con el mundo verdadero cuando se encontraron a solas. Como leyenda, difícil de erradicar en un país tan proclive a la mitificación como el nuestro: de ahí, su imparable difusión europea como cuna de una libertad que encaja muy mal con su articulado, ayuno de derechos y de libertades, y con su turbulenta Historia. El ejecutivo (rey y ministros o secretarios) y el legislativo no podían vivir bajo el mismo techo, estando aislados como estaban, en habitaciones separadas, en compartimentos estancos. No había puentes, zonas comunes, puntos de engarce. El miedo al despotismo ministerial, el cáncer del Antiguo Régimen, responsable directo de la destrucción, olvido u ocultación de nuestras sacrosantas instituciones, justificaba tales medidas de separación radical. Sin embargo, el rey no había sido desposeído de poderes, sino que conservaba muy importantes atribuciones (pensemos en el caso militar), por lo que su voz tenía que ser escuchada y podía paralizar el funcionamiento normal de la máquina estatal. Y también viceversa, dado que las Cortes no fueron dechado de respeto escrupuloso a la Constitución. La constatación sobre el terreno de esa imposibilidad empírica mueve a los responsables políticos a buscar soluciones que se encuentran en la vida europea de la década que va de 1820 a 1830, en Francia y en el Reino Unido, sin perjuicio de que desde 1812, desde el mismo año de aprobación del texto gaditano, voces cualificadas hubieran advertido del calvario que esperaba a la *Pepa* para ser cumplida, para ser realizada, para ser respetada. Hacía allí, hacía esa Europa doctrinaria y moderada, dirigen nuestros hombres públicos sus pasos para hallar una paz y una calma constitucionales que las respuestas patrias, las nacionales, las históricas, estaban muy lejos de proporcionar. Ése era acaso el principal problema: se respondió a las crisis de 1808 con Historia cuando lo que requería el momento para salir del atolladero era Política moderna y ésta implicaba decisión contundente, es decir, ruptura. El liberalismo moderado intentó acercarse más a la segunda, pero sin romper abiertamente con la primera. La ruptura de verdad, plenamente revolucionaria, no llegaría hasta bien avanzada la centuria, aunque se anticipa desde 1837, con un régimen liberal a pleno rendimiento, aunque no construido con pleno convencimiento y con decidida conciencia, ni tampoco con los instrumentos precisos para asegurar a la nación un triunfo político incontestable (cfr. *Conclusión*, pp. 433-436).

Acaso la cuestión capital que el libro plantea vaya más allá del simple y puro interrogatorio constitucional (¿Qué Constitución? ¿Qué Constituciones?), de los modelos que influyen antes y después de 1812, de las lecturas y formaciones (también de las deformaciones) de nuestros próceres, para sumergirnos de lleno en todo un rosario de demandas orientadas a resolver las cuestiones políticas y jurídicas básicas, aquellas que fundaban el nuevo régimen surgido de las ruinas del

antiguo: ¿Qué nación? ¿Qué soberanía? ¿Qué poder constituyente? ¿Qué liberalismo? La respuesta de Cádiz, explicada con detenimiento en este libro a partir de las intervenciones de los protagonistas y de una amplia fama de fuentes literarias, mostró la insuficiencia del modelo que la Constitución recogía (porque no se quiso o porque no se pudo hacer otra cosa) y la necesidad de abrir nuevas vías de escape que nos ponían ya sobre el terreno de una nueva fase de la Historia Constitucional, auspiciada por un nuevo concepto de Constitución para desarrollar aquélla. Mientras tanto, en el período analizado por este libro, la vieja Constitución seguía rigiendo los destinos de la Monarquía hispánica.

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA

RESPUESTA

Agradezco mucho al director de los «Quaderni», Giovanni Cazzetta, la oportunidad que me brinda de dialogar con Maurizio Fioravanti, Faustino Martínez y Clara Álvarez Alonso acerca de *La Monarquía Doceañista*. A los tres quiero darles las gracias por haber leído con tanto interés mi libro y por sus valiosos comentarios.

Responderé a cada uno de ellos según el orden con el que los he leído y añadiré unas consideraciones finales sobre el alcance de la obra que ha suscitado este debate.

1. Me complace mucho comprobar que Fioravanti comparta el triple enfoque — normativo, institucional y doctrinal — desde el que he abordado el estudio de la Monarquía doceañista desde 1810 a 1837, de acuerdo con una metodología que he expuesto en varias ocasiones. Me complace comprobar esa coincidencia esencial, pero no me sorprende, pues conozco muy bien su extensa y valiosísima contribución a la Historia Constitucional, en la que ese triple enfoque está siempre muy presente. Pero no me parece ocioso subrayar que eso no es lo más habitual entre los estudiosos del constitucionalismo histórico. Mientras la mayor parte de los historiadores del Derecho, gremio al que pertenecen Fioravanti y los otros dos comentaristas, se han ocupado sobre todo de las normas e instituciones, postergando el estudio de las doctrinas y conceptos, los historiadores del pensamiento han olvidado muchas veces la dimensión normativa e institucional del constitucionalismo. Por su parte, los pocos constitucionalistas que se ocupan del pasado suelen fijarse más en los textos jurídicos (Constituciones, leyes electorales, etc.) que en los contextos políticos en los que surgen. Asunto este último que casi en exclusiva centra la atención de los historiadores no juristas, reacios a tener en cuenta la dimensión jurídica de la historia constitucional. Yo he pretendido en mi monografía tener

en cuenta todos estos aspectos. Por eso me congratula que Fioravanti no dude en escribir: « come dovrebbe essere per ogni storia costituzionale ».

Fioravanti centra su comentario en la naturaleza de la monarquía doceañista en relación con la británica y con la francesa de 1791. Se trata sin duda de una cuestión clave, pues, como insisto en el prólogo, esta monografía no se comprende cabalmente si no se tiene en cuenta que forma parte de una trilogía sobre la monarquía en el constitucionalismo británico, francés y español, de la que he ido dando cuenta a lo largo de los últimos veinticinco años.

A Fioravanti, en un juicio que yo comparto, le parece « absolutamente decisivo » el hecho de que los liberales doceañistas identificasen la monarquía británica con una monarquía constitucional en la que el Rey disponía de una amplia masa de poder, que compartía con los Comunes y los Lores, e ignorasen el proceso parlamentador que había comenzado a comienzos del siglo XVIII o lo interpretasen como simple corrupción de la *ancient constitution*, revalidada en la revolución de 1688. Una imagen distorsionada, recuerda Fioravanti, muy similar a la que por aquel entonces tenían los demás liberales europeos de la época. « Né monarchia costituzionale, né governo parlamentare, si potrebbe dire in sintesi », resume Fioravanti muy adecuadamente la actitud de los liberales doceañistas ante el modelo constitucional británico.

Descartada la senda republicana y federal que habían seguido los revolucionarios americanos, en mi libro pongo de relieve que no quedaba otra opción que mirar hacia la monarquía que había articulado la Constitución de 1791, en la que se inspiraron los constituyentes españoles de 1812. Fioravanti lo reconoce cuando, tras traer a colación varios ejemplos que lo corroboran, escribe: « noi crediamo che si possa concordare con Varela nell'indicare la Costituzione francese del 1791 come 'modello' dei costituenti di Cadice ».

Ello no es óbice para que agregue que « altro discorso è quello dell'universo culturale, e politico, che la Costituzione francese portava con sé, ad iniziare dalla matrice giusnaturalistica e costrattualistica, che aveva dato luogo alla celebre Dichiarazione dei diritti dell'89, quel testo che proprio nel 1791 si era posto nella Costituzione ».

Y, en efecto, como distingo en mi libro, pese a las similitudes sustanciales (que no impiden otras diferencias nada desdeñables) entre los textos constitucionales del 91 y del 12, resulta patente que los lenguajes, los argumentos e incluso las ideas y conceptos de los liberales doceañistas eran a veces, no siempre, muy distintos de los patriotas franceses de 1789-1791. La principal diferencia radicaba en que mientras para estos últimos el principal asidero doctrinal había sido el iunaturalismo racionalista, en aquellos estaba presente además el historicismo medievalizante y en algunos de ellos (ni mucho menos en todos) el escolasticismo. Ahí reside el menor radicalismo con el que se

formulan algunos principios comunes a los liberales de ambos lados de los Pirineos, como los de soberanía nacional y poder constituyente. Diferencias en las que insiste Fioravanti al señalar la firme voluntad de demoler la sociedad corporativa y estamental y las instituciones del Antiguo Régimen que manifiestan los revolucionarios franceses (y que se recogen en la declaración de derechos del 89 y en el preámbulo de la Constitución del 91) y, en cambio, las constantes referencias de los liberales doceañistas, muy patentes también en el discurso preliminar a la Constitución de Cádiz, a la monarquía gótica y a las leyes fundamentales de la monarquía o Constitución histórica. Una Constitución que se interpretaba, eso sí, en clave liberal, retrotrayendo a la Edad Media las categorías medulares del liberalismo revolucionario, como el de soberanía nacional.

Fioravanti concluye de este modo: « La vocazione costituente di Cadice non può essere individuata e misurata con il parametro della rivoluzione francese. Cadice è comunque un'altra cosa [...]. Ma anche al mio parere Cadice non è condannata ad essere mera riscrittura, o risistemazione, della società e delle istituzioni di antico regime per il fatto puro e semplice di divergere dal modello rivoluzionario per eccellenza, dal potere costituente della grande Rivoluzione [...] Cadice non è certo rappresentabile come l'atto di fondazione della nuova società, contro quella di antico regime [...] Ma per altro verso, è certamente riduttivo considerare Cadice una semplice riscrittura della tradizione, della *ancient constitution* di Spagna ».

Una conclusión con la que coincido, aunque reconozco que el influjo del iusnaturalismo racionalista y, por consiguiente, de una visión contractualista del Estado y de la sociedad, en los liberales doceañistas era, a mi juicio, mayor de lo que sostiene Fioravanti. Como creo, asimismo, que en esos liberales la concepción individualista de los derechos era más nítida de lo que mi colega italiano supone. Pero sobre este punto algo diré a más adelante.

2. En su extenso comentario, Faustino Martínez no se centra en un aspecto determinado de mi libro, sino que opta por resumir cada uno de sus siete capítulos y al hilo de ese resumen formula algunas observaciones sobre las que me gustaría extenderme un tanto.

Señala Martínez que mi libro recoge « siete ensayos... dispersos y variados, pero surgidos con ánimo monográfico al amparo de un proyecto mayor sobre la monarquía en el constitucionalismo británico, francés y español entre 1868 y 1837 ». Para agregar a continuación que « se han realizado, por supuesto, algunos añadidos y modificaciones respecto a las sedes originarias donde aparecieron por vez primera », por lo que « se trata, pues, de una compilación revisitada ».

En realidad, mi libro es una monografía y no una recopilación de ensayos. Una monografía, eso sí, cuyo contenido fui dando a conocer a

lo largo de veinticinco años a través de diversas publicaciones, pero que redacté de nuevo en 2011 y 2012. No creo que un libro recopilatorio, si guarda la debida y no siempre presente unidad interna, tenga menor valor científico que una monografía. Pero me interesa subrayar ahora (como hago en la introducción) que antes de dar a la imprenta, allá por 1987, la primera de esas publicaciones, tenía muy claro que era un adelanto de una monografía sobre la monarquía doceañista, inserta en un proyecto más amplio sobre la monarquía en Gran Bretaña, Francia y España desde 1688 a 1837. Una primera entrega de esa trilogía, ahora ya muy avanzada, se presentó en 1990 como trabajo de habilitación para acceder a la Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo, que desde entonces ocupo.

Considero también necesario señalar que mi intención al escribir este libro no ha sido, como sostiene Martínez, la de plantear, « a través del trasfondo constitucional siempre presente », « una visión particular de la Historia política de España a lo largo de los tiempos inciertos, duros y convulsos, en que rigió la Constitución gaditana, con sus correspondientes doctrinas o teorías constitucionales a modo de contrapunto ». No. En realidad, lo que he pretendido es escribir un retazo de la historia constitucional española (en conexión siempre con la europea), formada por las normas en vigor durante ese período, por las instituciones que se pusieron en planta y por el debate doctrinal que aquéllas y éstas suscitaron. Pero ensamblando, no separando, las normas, las instituciones y las doctrinas, cuyo estudio entiendo que forma parte de la Historia Constitucional y no de una Historia política más o menos constitucionalizada o entretrejida de Constitución.

Aclarados esos extremos, me alegra que Martínez considere que mi libro haya evitado « los cenagosos terrenos del presentismo y, con él, los de la distorsión, la precomprensión, el dogmatismo y la disolución de la labor histórica a favor de otros argumentos o intereses más allá de la Historia misma ».

No puedo, en cambio, estar de acuerdo cuando describe la monarquía doceañista como « una vieja monarquía Nacional revisitada o restaurada, expresión de una antigua Nación monárquica, fórmula dual donde sustantivo y adjetivo son importantes y, por ello, intercambiables, que cobijaba y aceptaba tanto el sentimiento tradicional regio como el nuevo impulso de la nación depositado en las Cortes, es decir, Constitución histórica casi en forma químicamente pura ». No quiero repetir lo que he dicho al responder al comentario de Fioravanti, a mi juicio mucho más acertado, sobre este punto sin duda cardinal. Baste añadir ahora que me parece de enorme importancia distinguir entre la filiación doctrinal de los liberales doceañistas y la naturaleza jurídica de la monarquía que puso en planta la Constitución de Cádiz. En aquéllos los « componentes o incrustaciones iusnaturalistas y racionalistas » no eran « muy escasos », como sostiene Martínez. Eran, por el contrario, muy intensos, pese a su historicismo y al indudable influjo del escolas-

ticismo en algunos de ellos (no en todos). Por otro lado, en la monarquía doceañista, que no fue obra exclusiva de los liberales, sino de todos los miembros de las Cortes, pese a sus innegables raíces tradicionales, los principios de soberanía nacional y de división de poderes que la inspiraron dieron lugar a una « monarquía asamblearia », muy próxima a la francesa del 91, que mal se casaba con la Constitución histórica, y menos « casi en forma químicamente pura ».

En fin, tampoco puedo coincidir con Martínez cuando sostiene que el texto constitucional de 1812 estaba « ayuno de derechos y de libertades ». Pero como sobre este asunto no me extendo en mi libro (centrado en la forma de gobierno) prefiero remitirme a lo que ha dicho al respecto Ignacio Fernández Sarasola en su monografía *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional* (CEPC, Madrid, 2011), en donde muestra que en el proyecto de Constitución gaditana se incluyó una declaración de derechos que no era más que una traducción de algunos de los artículos de la Constitución francesa de 1793. Esta declaración se eliminó por entender que resultaría « más original » reconocer los derechos de manera dispersa a lo largo del articulado. Como así ocurrió. Pero el dato más relevante es que esos derechos se concibieron como derechos individuales, dentro de la ortodoxia liberal y sin asomo alguno de corporativismo. Se trataba de derechos reaccionales, que daban lugar a un conjunto de libertades frente al Estado. De ahí que figurasen en los títulos dedicados al Rey (como la propiedad y la libertad personal) y al poder judicial (las garantías procesales). Es decir, se trataba de limitaciones a los órganos aplicadores del Derecho, que eran los que simbolizaban el Estado.

3. El comentario de Clara Álvarez, como el de Fioravanti, se centra también en la naturaleza de la monarquía doceañista, aunque la profesora española prefiera insistir en la inserción de esa monarquía en la historia constitucional española más que en la comparada. A su juicio, el epígrafe en el que me ocupo de esa naturaleza, « representa la quintaesencia no sólo de esta obra en concreto, sino de la visión de una parte de la historia constitucional española de Joaquín Varela ». Se trata, añade, del « auténtico pilar del libro », « la clave de bóveda de la tesis del autor acerca de esta Constitución (la de 1812) ».

Coincido con este juicio. Y para corroborarlo debo confesar que en lugar de situar ese epígrafe al final del capítulo segundo, en el que analizo la posición del Rey en la monarquía doceañista, llegué a pensar que quizá estaría mejor colocarlo al final del libro, a modo de conclusión. Tal es la importancia que le concedo. Aunque creo que está mejor donde ahora figura.

Me alegra también que Clara Álvarez coincida conmigo al delimitar la naturaleza de la monarquía que pusieron en pie las Cortes de Cádiz, a partir no sólo de los principios y preceptos recogidos en la

Constitución de 1812 y en muchos Decretos aprobados por aquellas Cortes, sino de la exégesis que de esos principios y preceptos hicieron los diputados y publicistas en los tres períodos en que esta Constitución estuvo vigente, y no con la que se pudo llevar a cabo con posterioridad. (Lo contrario sería incurrir en el presentismo que con tanta razón execra Faustino Martínez).

Concuerdo también con Clara Álvarez cuando señala que la restricción de las tradicionales prerrogativas regias junto con la articulación de unas Cortes con una sola Cámara se convertirían « en el gran centro de imputaciones que resumían la ‘maldad’ de las Constitución » alegada por « los que actuaron como principales impulsores efectivos de su ‘caída’ en 1814 y en 1823 » e incluso, añado yo, de su sustitución en 1837.

Como soy también un admirador de lo que Clara Álvarez denomina la « historia narrativa británica », con su sabia mezcla de rigor y amenidad, a su entender en franco retroceso en la actualidad (ojalá se equivoque en este juicio), celebro sobremanera que considere necesario dejar constancia « de la facilidad de la lectura » de mi libro, « consecuencia directa de una ágil exposición, un esmerado estilo y una elaborada edición ».

4. Tanto Maurizio Fioravanti como Clara Álvarez y, en menor medida, Faustino Álvarez han centrado sus comentarios en la monarquía que articuló la Constitución de 1812, por lo que en mi respuesta me he circunscrito a ese decisivo asunto. Pero no quisiera dejar de señalar a los lectores de los « Quaderni » que mi libro, como por supuesto también advierten los tres mencionados colegas, se ocupa asimismo de la crítica y del abandono de esa « extraña », por singular e irrepetible, forma de gobierno, y de su sustitución en 1837 por una monarquía sustancialmente igual a las que, a imitación de la británica, se articularon en Europa tras la derrota de Napoleón. La Constitución aprobada ese año fue obra de unas Cortes cuyos miembros más influyentes estaban profundamente marcados por los fracasos de 1814 y 1823, por la experiencia de los dos exilios, sobre todo en Inglaterra y Francia, y por el consiguiente cambio de teoría constitucional que todo ello comportó. Ese cambio, que ya anuncia con clarividencia Blanco White desde Londres en las páginas de « El Español » (1810-1814), vino impulsado también por otros factores. En primer lugar, la guerra carlista obligó a que las dos corrientes principales del liberalismo español, la progresista y la moderada, se pusieran de acuerdo en torno a una nueva Constitución, la « transaccional » de 1837, dejando a un lado tanto la de 1812 como el muy moderado Estatuto Real de 1834. En segundo lugar, las dos potencias hegemónicas de la Cuádruple Alianza, y en general de la Europa occidental, Gran Bretaña y Francia, presionaron para que ese cambio se produjese. En tercer lugar, no puede

desvincularse ese cambio de forma de gobierno con una operación de tanto fuste como la desamortización de los bienes de la Iglesia católica, que impulsó el mismo gobierno y la misma mayoría parlamentaria que auspiciaron la Constitución de 1837. Un texto, en realidad, más importante, en tanto que más influyente, en la historia constitucional española que el de 1812, aunque carente de su carácter legendario y de su proyección internacional.

Considero por ello que 1837, punto de llegada de mi monografía, es una fecha tan importante como la de 1810, su punto de partida. En aquel año se fijó la organización del Estado español (no así de los derechos, que se amplían de modo considerable en 1869) que estará en vigor, con retoques, hasta 1923. Asimismo, el planteamiento de la desamortización, más en clave recaudatoria, por mor de la guerra civil, que fruto de una política económica destinada a crear entre los campesinos una amplia red de pequeños propietarios, explica en buena medida la escasa base social del liberalismo y la fortaleza del carlismo. Además, en 1837 se consolidó el estatuto jurídico de las « provincias de Ultramar », cuya cortedad de miras conducirá al desastre colonial del 98. Por último, 1837 es el arranque de las tendencias alternativas, de signo democrático e incluso en algún caso republicano, al liberalismo español mayoritario (ya sea el moderado o el progresista), que critican a la vez el abandono de la monarquía doceañista y la operación desamortizadora (en Cuba, Puerto Rico y Filipinas también el estatuto colonial de las provincias de Ultramar). Todo ello lo apunto, no más, en mi monografía, y lo desarrollo en otros trabajos, sobre todo en los que se recogen en mi libro recopilatorio, de más de novecientas páginas, *Política y Constitución en España. 1808-1978* (CEPC, 2ª edición, 2014).

Para terminar, quizá no esté de más revelar que mi tesis doctoral (publicada por el CEPC en 1983 y reeditada en 2011 con el título *La Teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*) comenzó precisamente con el estudio de la Constitución de 1837, cuyos autores presentaron como mera reforma de la de 1812, y de ahí pasé a estudiar (y a abordar en exclusiva) el debate constitucional de las Cortes de Cádiz. Pero siempre quise volver a hacer el camino inverso para explicar el profundo cambio existente entre la teoría constitucional que los liberales defendieron en aquellas Cortes (sólo en parte plasmada en la Constitución doceañista) y la que sostuvieron los progresistas en las Constituyentes de 1837. Y eso es lo que hice en el libro que se acaba de comentar e incluso también en mi biografía del Conde de Toreno (Marcial Pons, 2005), uno de los más brillantes exponentes de ese cambio, cuya trayectoria política divido en dos: la del liberal revolucionario en Cádiz y la del liberal conservador a partir sobre todo del Trienio.

Discussione sul volume di

HANS Kelsen, ARNALDO VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, prefazione (*Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen*) e cura di Mario G. Losano, Torino, Aragno, 2012.

FRANCESCO RICCOBONO

INDIVIDUO, SOCIETÀ, STATO.
RIFLESSIONI SU UNA POLEMICA RIVISITATA

La riedizione, a cura di Mario G. Losano, di un « dimenticato » e semidisperso libro del 1930, dove Arnaldo Volpicelli riuniva due suoi contributi critici verso il pensiero politico di Hans Kelsen e la traduzione italiana di tre testi kelseniani ⁽¹⁾, rappresenta un'imperdibile occasione per alcune riflessioni sul versante della comprensione dell'opera kelseniana da parte dei contemporanei e del contesto cui riferire, di volta in volta, tali letture, spesso di segno assai negativo. Nello specifico, uno dei punti nodali della critica di Volpicelli a Kelsen sull'idea di democrazia riporta al complesso rapporto tra individuo, società e Stato, fonte di ispirazione della controversa concezione volpicelliana di corporazione, concetto nel quale si rispecchiarono le ambiguità e le ambizioni della cultura fascista. Si raccoglie, così, l'invito espresso da Losano, nella sua penetrante *Prefazione* (pp. 7-78), che la riedizione del libro del 1930 soddisfi contemporaneamente le esigenze storico-bibliografiche dei cultori kelseniani e il bisogno, sempre più avvertito, di colmare le lacune di documentazione e analisi che accompagnano ancor oggi, malgrado alcune significative eccezioni ⁽²⁾, il tema della cultura giuridica fascista.

Sulla scia di quanto documentato con la consueta precisione da Losano, è necessario preliminarmente ricordare come il libro del 1930

⁽¹⁾ L'originale del 1930 (Roma, Stabilimento Tipografico Garroni) non è citato nelle maggiori bibliografie kelseniane.

⁽²⁾ Tra le quali va ricordato l'importante volume di I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

riproduca saggi di Volpicelli e Kelsen già apparsi nella rivista « Nuovi studi di diritto, economia e politica »⁽³⁾ con, in più, la traduzione italiana, con il titolo *Intorno alla natura e al valore della democrazia*, della prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*⁽⁴⁾. Quella tra Volpicelli e Kelsen fu propriamente una polemica 'a senso unico'. I saggi kelseniani erano cronologicamente precedenti e non potevano evidentemente prender nota della proposta corporativista di Volpicelli. Né, posteriormente, Kelsen, pur avendo sicuramente ricevuto e probabilmente letto le pagine di Volpicelli, ritenne di dover loro dedicare una risposta e nemmeno di doverle menzionare. Per quanto 'a senso unico', la polemica era, però, animata da un'onesta intenzione. Volpicelli non voleva trarre indebita fama dall'accostamento, come autori di un medesimo libro, del suo nome a quello del già celebre maestro viennese. Molti filosofi del diritto avrebbero, lungo il secolo, tentato di appagare, in questo modo o con modi simili, la loro vanità o la loro ansia di riconoscimento intellettuale⁽⁵⁾. Con la raccolta del 1930 Volpicelli voleva probabilmente solo dare una parvenza di monografia, nelle vicinanze di una scadenza concorsuale, ai frutti del suo lavoro e, soprattutto, offrire ai propri studenti pisani un materiale didattico adeguato per inferire dalle debolezze e dalle contraddizioni del pensiero democratico-borghese, egregiamente rappresentato da Hans Kelsen, la superiorità di un progetto corporativista, di cui egli stesso si riteneva artefice⁽⁶⁾. Questo era, d'altra parte, il programma dei « Nuovi studi di diritto, economia e politica », la rivista che — diretta da Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli — intese, tra il 1927 e il 1935, fare conoscere, attraverso un'importante opera di traduzione e illustrazione, autori ormai classici del panorama europeo, al fine di sviluppare, attraverso la loro critica, il modello alternativo del corporativismo. Si può ben dire, anzi, che il volume del 1930 rientri perfettamente nel disegno politico-

(3) Precisamente: gli scritti di VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con Hans Kelsen e Dalla democrazia al corporativismo*, rispettivamente in 1929/5 e 1930/1; e gli scritti di KELSEN, *Il problema del parlamentarismo e Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, rispettivamente in 1929/4 e 1929/5, 1929/6, 1930/3-4, 1930/5. In verità nell'originale del volume era presente solo la prima puntata della traduzione di questo ultimo saggio kelseniano. Losano ha preferito, con scelta condivisibile, riproporre il testo tradotto nella sua interezza. Tutte le citazioni dei sovraindicati testi di Kelsen e Volpicelli saranno operate sul volume curato da Losano.

(4) Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920. Questa traduzione confluisce, insieme a tutte le opere kelseniane tradotte nei « Nuovi studi di diritto, economia e politica », nel volume: H. KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, a cura di A. Volpicelli, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932.

(5) Come Carlos Cossio, il cui caso Losano opportunamente ricorda (*Prefazione*, pp. 67-69).

(6) Cfr. *ivi*, pp. 76-78.

intellettuale dei « Nuovi studi di diritto, economia e politica », fino a costituirne una importante tessera (7).

Il grande difetto di Kelsen fu, dunque, per Volpicelli quello di intendere la libertà politica « come diritto naturale di tutti e di ciascuno, considerato nella sua immediata esistenza particolare » (8). Il pensiero politico kelseniano sarebbe « inconsistente » perché poggerrebbe su una « inconsistente » premessa: « l'individualismo atomistico e giusnaturalistico » (9). Non fu la prima né sarà l'ultima volta che l'accusa di giusnaturalismo, con varie sfumature, venne rivolta a Kelsen. In una sfumatura simile a quella volpicelliana, l'accusa ritornerà a essere formulata in Italia, quasi quarant'anni dopo, da un autore di convinzione politica opposta a quella di Volpicelli, Galvano della Volpe, che definirà Kelsen « l'ultimo dei mohicani », vedendo nella sua concezione della democrazia moderna una netta, seppur inconsapevole, dipendenza dal giusnaturalismo, tale da poterlo considerare l'« ultimo grande rappresentante, dunque, bon gré mal gré, di quella stirpe di ideologi » (10).

Il medesimo suono dell'accusa non tragga, però, in inganno, poiché diverse erano le finalità perseguite. Lo spostamento del baricentro teorico della forma politica democratica dall'individuo alla società costituiva, infatti, per Volpicelli l'antefatto per propugnare un assetto sociale povero, se non del tutto privo, di libertà civili (11) e, per della Volpe, la ragione di una necessaria integrazione tra diritti civili e diritti sociali. Kelsen serviva, dunque, bene agli scopi di entrambi: la democrazia liberal-parlamentare, nella sua perfezionata e ultima versione, quella kelseniana, offriva, comunque, troppo o troppo poco. Entrambi, nella foga dei propri convincimenti, finivano tuttavia per dimenticare la dura e continua polemica kelseniana contro il pensiero e i dogmi giusnaturalistici. L'accusa di giusnaturalismo mossa al maestro della *Reine Rechtslehre* assumeva un immediato aspetto paradossale, che

(7) Per una comprensione dell'esperienza della rivista di Spirito e Volpicelli nel quadro della filosofia giuridica e politica dell'epoca sono rilevanti i lavori di Luigi PUNZO: *Formalismo, attualismo e scienza del diritto*, in « Bollettino bibliografico per le scienze morali e sociali », 1976/33-36, pp. 225-278; *La soluzione corporativa dell'attualismo di Ugo Spirito*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984; *L'esperienza di "Nuovi studi di diritto, economia e politica"*, in *Il pensiero di Ugo Spirito*, vol. II, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, pp. 367-378.

(8) A. VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo*, cit., p. 100.

(9) Ivi, p. 101.

(10) G. DELLA VOLPE, *Hans Kelsen, l'ultimo dei "mohicani"*, in « Città futura », 1966, rist. col titolo *Anti-Kelsen* in *Opere*, vol. 6, Roma, Editori Riuniti, 1973, p. 366.

(11) Secondo un modello tipico di tutta la cultura fascista; cfr. S. RODOTÀ, *Che cosa vuol dire fascismo giuridico?*, in *Diritto e culture della politica*, a cura di S. Rodotà, Roma, Carocci (Annali della Fondazione Basso/3), 2004, pp. 173-177.

traeva alimento da un vistoso fraintendimento: scambiare l'istinto antisociale dell'individuo, di cui parla Kelsen, con la libertà originaria dell'individuo nello stato di natura e portarsi, poi, appresso questo fraintendimento nella determinazione delle varie fasi della libertà politica. Questo fraintendimento è assai evidente nelle pagine di Volpicelli.

Kelsen fa effettivamente riferimento alla libertà individuale come parametro fondativo della democrazia ma tale libertà non rimanda ad un ipotetico o primordiale stato di natura, dove vigerebbe un 'diritto naturale' di tutti verso tutto, ma si costituisce, nel mondo sociale, come autodeterminazione politica dei soggetti che si ritrovano nell'ambito di validità spaziale di un determinato ordinamento giuridico. La libertà individuale, parametro fondativo della democrazia, non opera nella notte nei tempi ma, più concretamente, si manifesta come partecipazione, nelle forme stabilite dall'ordinamento giuridico attuale, alla creazione delle regole cui sottomettersi, nel tentativo di ridurre quanto più possibile lo scarto tra autorità normatrice e destinatari delle norme. Ma tale scarto non può essere azzerato e, comunque, è fonte di tensione. È necessario prender coscienza del fatto che la libertà come autodeterminazione implichi una ineliminabile situazione di costrizione che investe, implacabilmente, l'individuo, calato fin dalla nascita, e senza concorso alcuno della propria volontà, « in un ordinamento sociale già costituito » dal quale « non è più possibile sottrarsi »⁽¹²⁾. Ciò non vuol dire opporre una libertà originaria, naturale, degli individui alla libera determinazione politica degli individui inseriti nel mondo sociale. La prima è una remota ipotesi giusnaturalistica, frutto di un naturalismo presociale; la seconda è la reale situazione dell'individuo contemporaneo, soggetto di diritto in virtù di un ordinamento giuridico valido, al netto della sua esistenza psico-fisica. L'accesso alla libertà-determinazione politica non passa per il superamento (diacronico) dello stato di natura ma per la sublimazione (sincronica) di istinti asociali dell'individuo, di quel radicato « istinto antistatale che mette l'individuo contro la società »⁽¹³⁾.

Leggendo, dunque, in controluce le pagine della prima edizione, del 1920, di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* sulla libertà individuale, non s'intravede un irrisolto residuo giusnaturalistico ma, già, uno spiccato interesse verso la lezione freudiana sull'inibizione degli impulsi nella condizione sociale, tema al quale Kelsen dedicherà importanti contributi negli anni seguenti. L'attenzione agli aspetti repressivi della vita sociale non evoca antichi scenari naturali di improbabile libertà ma mira a fornire un quadro realistico, non inquinato dall'azione delle ideologie politiche, di cosa si debba intendere per libertà come determinazione (autodeterminazione) politica.

⁽¹²⁾ H. KELSEN, *Intorno alla natura e al valore della democrazia*, cit., p. 175.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 172.

La medesima inclinazione realistica è all'origine del rifiuto kelseniano della società e dello Stato come soggettività reali, incommensurabili rispetto all'individuo, elevate a ragione e fine della esistenza sociale e dell'azione politica dei singoli individui. Anche qui è possibile scorgere l'ombra di Freud, il cui apporto alla dissoluzione delle ipostattizzazioni Kelsen riconoscerà più tardi con suggestive parole ⁽¹⁴⁾. Ma non solo Freud. L'analisi di Freud, la trasformazione, operata da Cassirer, dei concetti di sostanza in concetti puri di funzione e lo svelamento dei meccanismi finzionistici della mente umana ad opera di Vaihinger costituiranno, insieme, l'apparato gnoseologico cui Kelsen attingerà per negare una referenza di realtà ai *magici* nomi di entità collettive, generate per via di ipostasi, dalla mente umana in un processo lungo il quale la primitiva ignoranza si tramuta in interessata e consapevole distorsione dei dati della realtà sociale. Dietro la reificazione della società — così come per ogni reificazione sostanzialistica di nomi collettivi: popolo, comunità, associazione, Stato — vi è, dunque, una deprecabile mistura di ignoranza e ideologia. L'unica realtà, nel senso proprio del termine, è allora, per Kelsen, quella psico-fisica degli individui. Società, Stato, etc. sono concetti normativi, la cui esistenza specifica rimanda al mondo dei significati, non immediatamente al mondo dei fatti e dei rapporti interpersonali: entrano in gioco solo quei fatti e quei rapporti che ricevono contingentemente una qualificazione di rilevanza attraverso l'immissione in una struttura significativa, per esempio e soprattutto, secondo Kelsen, attraverso l'immissione nel discorso normativo del diritto.

In questo senso non è, quindi, errato definire 'individualista' la dottrina kelseniana. Non si tratta, però, di individualismo politico esasperato, una specie di liberalismo atomistico che mal si concilierebbe, oltre tutto, con le aperte simpatie socialdemocratiche di Kelsen. Si tratta, invece, di un individualismo, che si potrebbe definire, con le dovute cautele, 'epistemologico'. Esso sbarra inesorabilmente il passo alla predicazione della realtà di organismi sociali visti come organismi naturali superindividuali, bollando, in questo modo, come scientificamente fallace e ideologicamente retriva l'idea di una collettività, variamente intesa, che trascenda l'insieme dei suoi componenti. L'individualismo epistemologico è dunque, nell'ottica del pensiero autoritario, avversario ben più pericoloso dell'individualismo politico, poiché inibisce profondamente la formazione del 'noi' costitutivo dei regimi

(14) Cfr. H. KELSEN, *Il concetto di Stato e la psicoanalisi*, (1927), in ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 172: «Ma proprio in questa direzione l'analisi di Freud offre un inestimabile lavoro preliminare dissolvendo, nel modo più efficace, le ipostattizzazioni, armate di tutta la magia di parole secolari, di Dio, Società, Stato, nei loro elementi individual-psicologici».

totalitari. Non è solo contrapposizione politica tra l' 'io' e il 'noi' ma ostacolo insormontabile alla stessa pensabilità di un 'noi', che non si risolve, in maniera meccanica e accidentale, nella somma dei singoli individui. La critica dell'individualismo politico deve, insomma, per essere credibile, liquidare le premesse dell'individualismo epistemologico e supporre l'idea di un organismo sociale 'reale' quanto il singolo individuo, anzi 'più reale' del singolo individuo.

Volpicelli tenta di fare ciò con le armi di un immanentismo neoidealistico sempre più pervasivo, dove individuo, società e Stato denotano una medesima realtà che assume, in ultima analisi, le sembianze dello Stato corporativo. La frase che, in *Dal parlamentarismo al corporativismo*, dà l'avvio a tale costruzione merita di essere citata: « Il singolo, in quanto tale, in realtà non esiste; non esiste cioè come realmente singolo » (15). Volpicelli vuol dire che il singolo individuo non è reale in quanto tale ma in quanto elemento di un tutto che, a sua volta, è reale nel rapporto con i suoi elementi, i singoli individui. Siamo, cioè, di fronte ad un processo dialettico di individuazione del tutto e di universalizzazione dell'individuo. In questo processo dialettico « precisamente consiste la vita della realtà » (16).

La descrizione di questo processo dialettico, fin qui generica, si fa più precisa, sempre in opposizione a Kelsen, in *Dalla democrazia al corporativismo*, dove appare chiaramente come « la volgare concezione atomistica e realistica dell'individuo come un 'ente' particolare ed autonomo, che abbia fuori di sé, in un rapporto di coesistenza spaziale, una molteplicità monadistica di altri enti individuali » costituisca per Volpicelli « l'impedimento fondamentale all'intelligenza e alla costruzione scientifica del mondo del diritto e dello Stato » (17). L'individuo, nella sua particolarità, non è un ente reale che trova il suo limite esterno nella società come « estrinseca somma » di individui. L'individuo, per Volpicelli, non è « entità » ma « attività consapevole » e « soggetto cosciente », che si pone nel rapporto con un oggetto (gli altri individui), la cui rappresentazione è momento necessario per la costituzione della sua stessa soggettività. La « realtà del soggetto » postula un « oggetto »: entrambi sono « correlativi e omogenei momenti di un'unica e medesima realtà: lo spirito » (18).

Individuo e società sono, dunque, aspetti di un'unica e medesima realtà spirituale: « l'un termine vive nell'altro e per l'altro » (19). Ciò viene da Volpicelli espresso, ricorrendo alla formula gentiliana della *societas in interiore homine*, rappresentativa tanto del superamento

(15) VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo*, cit., p. 101 nota 2.

(16) *Ibidem*.

(17) VOLPICELLI, *Dalla democrazia al corporativismo*, cit., p. 122.

(18) *Ivi*, p. 123.

(19) *Ivi*, p. 124.

della dimensione particolaristica dell'individuo quanto dell'immissione di un principio autoritario nella vita sociale. Il soggetto è libero solo in quanto inserito nel mondo sociale. Da questa affermazione si avvia un processo di inversione dei termini, che porta a vedere la posizione della libertà individuale nelle forme della società statale, dato che « lo Stato è l'unità organica stessa della società che si attua negli individui e per gli individui » (20). Volpicelli può, così, parlare di « incorporazione giuridica integrale della società nello Stato », di uno Stato detentore della « disciplina giuridica dell'intera vita sociale » e, conseguentemente, di azioni individuali « tutte giuridicamente disciplinabili, perché tutte intrinsecamente statali » (21). Per questa via si giunge alla « coincidenza assoluta tra la volontà dello Stato e quella degli individui » (22), segno distintivo del corporativismo.

Si possono nutrire pochi dubbi su come, alla fine di questi tortuosi passaggi 'dialettici', l'elemento della volontà (libertà) individuale sia completamente assorbito nell'elemento della volontà (autorità) statale. In un saggio del 1933, che continua e completa il discorso sulla « statualizzazione assoluta dell'individuo e individuazione assoluta dello Stato » come « compito storico del regime corporativo » (23), Volpicelli dirà apertamente che « lo Stato, come forma piena e perfetta della socialità, è quindi la forma essenziale dell'umana 'persona', la realtà vera e compiuta dell'individuo, il suo supremo e sostanziale dovere » (24). Più tardi, nel 1935, sarà sottolineato il carattere « totalitario » dello Stato corporativo (25), aggettivo semanticamente incompatibile con un'idea di volontà individuale che non sia immediatamente determinata nella direzione dell'obbedienza ad un ordine costituito nella forma della sovranità statale. In fondo non si può dar torto a Gramsci, quando, interrogandosi « per quale 'coda del diavolo' avvenga che solo Spirito e Volpicelli posseggano questa verità [la verità della concatenazione individuo-società-Stato] e gli altri non la vogliono possedere », risponde che « non è stato ancora spiegato dai due, ma appare qua e là un barlume dei mezzi con cui i due ritengono che la verità dovrà essere diffusa e diventare autocoscienza: è la polizia » (26).

(20) Ivi, p. 136.

(21) *Ibidem*.

(22) Ivi, p. 137.

(23) A. VOLPICELLI, *La teoria dell'identità di individuo e Stato*, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », 1933/1-2, p. 13.

(24) Ivi, pp. 4-5.

(25) Cfr. A. VOLPICELLI, *Legislazione e rappresentanza nello Stato corporativo*, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », 1935/1-2, pp. 1-14.

(26) A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, a cura di V. Gerratana, vol. II, Torino, Einaudi, 1975, p. 755.

La polemica di Volpicelli verso Kelsen, visitata oltre la superficie dell'attacco alla rappresentanza parlamentare fino al nucleo speculativo che tale attacco sorregge, non rivela, in sostanza, un nuovo volto della cultura fascista rispetto al panorama dell'autoritarismo più tradizionale quanto una velleità di attualizzare le ragioni dello Stato etico, confrontandole con la teoria politica più recente e meno conosciuta dal pubblico italiano. Certo, tale confronto ha, di per sé, un valore ma l'esito, cui conduce, è scontato e facilmente anticipabile. Parla di uno Stato, verso il quale non è ammissibile, e neanche immaginabile, alcuna forma di dissenso. In ciò Volpicelli non si distinse, come avrebbe voluto, dalla schiera della pubblicistica fascista (27).

CARLO NITSCH

LO STATO COME ORDINAMENTO GIURIDICO.
NOTE DI LETTURA SUL « PRIMO LIBRO ITALIANO »
DI HANS KELSEN

1. Hans Kelsen e Arnaldo Volpicelli. — 2. Kelsen: l'essenza dello Stato e il suo rapporto con il diritto. — 3. Stato e diritto: nota minima su Volpicelli.

1. *Hans Kelsen e Arnaldo Volpicelli*

Tra il 1929 e il 1931, nei *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, la rivista fondata e diretta da due giovani discepoli del cenacolo pisano di Giovanni Gentile, Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli, apparivano in traduzione italiana alcuni importanti contributi di Hans Kelsen, successivamente riuniti, a cura dello stesso Volpicelli, in un volume edito nel 1932, con il titolo *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti* (1). Già due anni prima, invero — nell'imminenza del concorso alla cattedra di Filosofia del diritto bandito dalla R. Università di Catania, che lo avrebbe visto primo ternato (2) —, Volpicelli aveva dato

(27) Ben rappresentata dal libro di Guido BORTOLOTTI, *Lo Stato e la dottrina corporativa. Saggio d'una teoria generale*, Bologna, Zanichelli, 1930, p. 144 e ss.

(1) H. KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, Roma, Anonima romana editoriale, 1932.

(2) Davanti a Widar Cesarini Sforza e Orazio Condorelli. La *Relazione della Commissione giudicatrice del concorso per professore non stabile alla cattedra di filosofia del diritto della R. Università di Catania* si legge in « Bollettino Ufficiale del Ministero dell'Educazione Nazionale », Parte II, Atti di amministrazione, a. 58°, vol. I (28 maggio 1931), n. 22, pp. 1599-1604. La Commissione era così composta: Giovanni Gentile

alle stampe una silloge di studi kelseniani, comprensiva dei lavori fino a quel momento apparsi nella rivista, preceduti da due scritti suoi, apertamente critici, e aveva affiancato il proprio nome a quello di Kelsen, quale autore di un'opera intitolata *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo* (3).

La vicenda presenta diverse ragioni di interesse, delle quali molto opportunamente, e con ampiezza di informazioni, dà conto la *Prefazione* di Mario G. Losano alla nuova edizione, da lui curata, del volume del 1930 (4). È appena il caso di sottolineare, insieme con l'importanza che l'iniziativa di Volpicelli avrebbe avuto nella prima diffusione del pensiero di Kelsen in Italia, tra la fine degli anni venti e l'inizio degli anni trenta (5), la profonda distanza che separava i due studiosi sul piano scientifico e, più in generale, politico-culturale. Ben si comprende, pertanto, l'interesse destato in letteratura dalla polemica di Volpicelli, in difesa dei principi dell'ideologia corporativistica, nei confronti degli studi kelseniani sul sistema parlamentare e i valori democratici (6).

In questo contributo vorrei concentrare l'attenzione sul *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, lo scritto del 1926 nel quale Kelsen riproponeva, « a grandi linee », il contenuto della ben più voluminosa *Allgemeine Staatslehre*, edita l'anno precedente (7), e il cui impianto rappresenta, « per chiarezza e pari concisione » — come

(presidente), Federico Ciccaglione, Giorgio Del Vecchio, Michele Barillari (relatore), Giuseppe Maggiore (segretario). Un profilo di Volpicelli è in G. FRANCHI, *Arnaldo Volpicelli. Per una teoria dell'autogoverno*, Napoli, ESI, 2003; è ora disponibile anche la voce di M. FIORAVANTI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 2066-2067.

(3) H. KELSEN, A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, Roma, Stabilimento tipografico Garroni, 1930 [nuova ed., prefazione e cura di M.G. Losano, Torino, Nino Aragno Editore, 2012].

(4) M.G. LOSANO, *Prefazione. Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen*, in KELSEN, VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, nuova ed. cit., pp. 7-78.

(5) Cfr., in proposito, LOSANO, *Prefazione*, cit., p. 33, nt. 87.

(6) È sufficiente qui rinviare ai contributi, diversi e in un certo modo complementari, di I. Stolzi e F. Riccobono, in questo stesso volume, ove sono reperibili indicazioni bibliografiche essenziali.

(7) H. KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, als Manuskript gedruckt, Wien, Rohrer, 1926 [trad. it. *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, in quattro puntate in « Nuovi studi di diritto, economia e politica »: II/5 (1929), pp. 267-281; II/6 (1929), pp. 368-376; III/3-4 (1930), pp. 208-228; III/5 (1930), pp. 325-344; oltre alla traduzione di R. Maran e A. Volpicelli, riprodotta anche nel volume curato da M.G. Losano, è anche disponibile una versione italiana di A. Carrino, edita in due successive stampe: *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, in H. KELSEN, *Dottrina dello Stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1994, pp. 41-115; quindi in Id., *Lineamenti di*

efficacemente ha scritto Agostino Carrino — «una prefigurazione esemplare» della prima edizione della *Reine Rechtslehre* ⁽⁸⁾. Pubblicata solo in parte nel volume del 1930 ⁽⁹⁾, la traduzione di questo lavoro costituirà l'asse portante del libro kelseniano del 1932 ⁽¹⁰⁾, al quale Volpicelli avrebbe dedicato, nell'anno accademico 1932/33, il corso di Dottrina generale dello Stato, presso la Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pisa ⁽¹¹⁾. Prendendo in considerazione, in modo particolare, la prima parte del *Grundriß*, vorrei soffermarmi sui termini in cui, nell'orizzonte di una più ampia riflessione sulla consistenza scientifica e l'autonomia disciplinare della *allgemeine Staatslehre*, Kelsen ragionava sullo specifico valore epistemologico della tesi — tutt'altro che estranea agli interessi di ricerca dello stesso Volpicelli — circa l'identificazione, quali oggetti di conoscenza, dello Stato con l'ordinamento giuridico ⁽¹²⁾.

2. Kelsen: l'essenza dello Stato e il suo rapporto con il diritto

a) *Dio e Stato, natura e diritto*. — Nelle pagine del *Grundriß* dedicate a *Das Wesen des Staates* ⁽¹³⁾, ponendo in discussione la concezione dominante nella tradizione di studi della *allgemeine Staatslehre*, secondo la quale Stato e diritto sarebbero state due entità distinte, tra loro in qualche modo collegate, Kelsen osservava come l'esatta

teoria generale dello Stato, a cura di A. Carrino, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 1-113]; Id., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925 [trad. it. *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. Luther, E. Daly, Milano, Giuffrè, 2013].

⁽⁸⁾ A. CARRINO, *Nota all'edizione*, in KELSEN, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 153-154, p. 154.

⁽⁹⁾ La sola prima puntata è infatti apparsa in KELSEN, VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, cit., pp. 89-103 [nella nuova ed. cit. lo scritto, completo, è alle pp. 207-286].

⁽¹⁰⁾ Il testo integrale si legge in KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, cit., pp. 6-68.

⁽¹¹⁾ Cfr., in merito, FRANCHI, *Arnaldo Volpicelli*, cit., p. 9, nt. 10.

⁽¹²⁾ Non è possibile, nelle pagine che seguono, nemmeno accennare agli ulteriori sviluppi della riflessione kelseniana su questi temi, né dar conto dell'ampia letteratura al riguardo.

⁽¹³⁾ Il primo capitolo del *Grundriß*, *Das Wesen des Staates*, è apparso inoltre, come saggio autonomo, in «*Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechtes*», I/1 (1926/27), pp. 5-17 [trad. it. *L'essenza dello Stato*, in H. KELSEN, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, a cura di A. Carrino, Roma, Edizioni Lavoro, 1989, pp. 59-76]. Di seguito, per comodità del lettore, farò riferimento alle pagine di *Das Wesen des Staates* nella *Zeitschrift* kelseniana, quindi alla più recente edizione italiana dei *Lineamenti*, nel volume a cura di M.G. Losano, talvolta modificando la traduzione.

costruzione teoretica di questo rapporto costituisse « il problema più arduo della dottrina dello Stato e del diritto, a cui finora non si è riusciti a dare se non soluzioni in sé contraddittorie ». Dal punto di vista gnoseologico, tale concezione sarebbe scaturita da un'indebita duplicazione dell'oggetto della conoscenza, ricorrente nella storia dello spirito umano, la cui esemplare rappresentazione sarebbe stata offerta dalla concettualizzazione, in sede teologica, del dualismo di Dio e mondo (14).

È ampiamente documentata, dunque ben nota, l'attenzione kelseniana nei confronti della speculare corrispondenza tra questi differenti orizzonti del pensiero.

« Il perfetto parallelismo di struttura logica tra il concetto di Stato e quello di Dio si manifesta in una stupefacente affinità dei problemi e delle soluzioni date a questi problemi nella dottrina dello Stato e nella teologia: il problema fondamentale della teologia, il rapporto tra Dio e mondo (o Dio e natura), corrisponde perfettamente alla questione centrale della dottrina dello Stato, al problema del rapporto tra Stato e diritto » (15).

Non interessa, in questa sede, indugiare sulla complessa articolazione del « parallelo logico » tra Dio e Stato, natura e diritto, quanto piuttosto considerare le principali determinazioni, storicamente rilevanti, della loro « relazione reale » (16). Kelsen, infatti, riconduceva la consistenza essenziale di tale relazione alle successive fasi di un reciproco, inverso processo di condizionamento tra due modelli cognitivi. Osservato come, in uno stadio ancora primitivo della conoscenza, l'immagine dell'ordine sociale normativo avrebbe rappresentato un fondamentale riferimento analogico per comprendere la struttura e il funzionamento dell'ordine naturale, egli ipotizzava che, in conseguenza di una reversione dei rapporti di influenza, la moderna concezione della scienza naturale, ormai libera da ogni trascendenza metafisica, avrebbe offerto un termine di paragone essenziale per edificare la dottrina del diritto e dello Stato su più solide basi scientifiche.

È agevole intendere come, da questo punto di vista, la concettualizzazione del rapporto tra Stato e diritto risultasse saldamente radicata nel cuore di un problema fondamentale di filosofia della

(14) KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 16 [= *Lineamenti*, cit., p. 224]; cfr. ID., *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 76 [= *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 190].

(15) H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1922 (1928²), p. 222 [trad. it. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1994, p. 231].

(16) Cfr. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., p. 249 [= *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, cit., p. 258].

conoscenza e storia del pensiero scientifico, che ininterrottamente — sia pure con importanti variazioni, nel corso degli anni, nelle prospettive e nel metodo di indagine — avrebbe impegnato la riflessione kelseniana.

b) *Per una storia della formazione del concetto di « legge »*. — Il punto di partenza, nella ricostruzione dei termini essenziali di questo problema, concerne l'influenza esercitata dalla prima elaborazione del concetto di « legge [Gesetz] », nell'ambito della più risalente concezione dello Stato, rispetto alla genesi dell'omonimo concetto, nel campo della conoscenza della natura:

« poiché gli uomini hanno pensato dapprima a se stessi e ai loro reciproci rapporti, poiché la scienza dello Stato — e non già la scienza della natura — è la scienza più antica, si può facilmente comprendere come la scienza della natura si sia inizialmente servita di quei concetti, che erano stati creati per la comprensione dello Stato, che cioè si sia pensata la natura come un grande organismo statale. Effettivamente il concetto di legge naturale ha origine da quello di norma; ma ha tuttavia subito un pieno capovolgimento di significato » (17).

L'idea ripropone una tesi ampiamente svolta, nella prospettiva di una *Geschichte der Begriffsbildung*, nel primo capitolo degli *Hauptprobleme*, laddove Kelsen assumeva che, « per la più antica conoscenza umana », la rappresentazione dell'ordine politico — e cioè l'immagine dello Stato sovrano capace di indirizzare, con i propri comandi, il comportamento dei sudditi, e dunque di disciplinare, attraverso leggi, i rapporti di convivenza all'interno della comunità dei consociati — avrebbe costituito l'*Analogon* per intendere l'ordine naturale, come regolato dal volere divino, da una volontà esterna e superiore, definita « als Gesetz ». Tale circostanza, per cui la comprensione della natura si sarebbe originariamente servita del concetto di « legge » elaborato in sede giuridico-politica, avrebbe di fatto spiegato, pertanto, indipendentemente dalla successiva differenziazione delle prospettive d'indagine delle scienze naturali e sociali, la radicata e persistente « comunanza dell'uso linguistico » (18).

In conseguenza della graduale emancipazione dell'intelligenza dei fenomeni naturali dalla rappresentazione del loro accadere in termini di obbedienza al comando di un'autorità sovraordinata, quindi del progressivo consolidamento, da parte delle scienze della natura, di una più

(17) KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 6 [= *Lineamenti*, cit., p. 210].

(18) H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1911 (1923²), p. 4 (ora in *Hans Kelsen Werke*, Bd. 2, *Veröffentlichte Schriften 1911, I-II*, hrsg. von M. Jestaedt, in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 81) [trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1997, p. 42 e s.].

precisa determinazione della specifica consistenza del proprio oggetto, sarebbe avvenuta, nel dominio di tale conoscenza, « una totale trasformazione nel significato del concetto di legge ». La maturazione di una piena consapevolezza della differenza tra il fine esplicativo, « das Sein zu erfassen », proprio delle *Naturwissenschaften*, e quello normativo, « ein Sollen statuieren », caratteristico delle *normative Disziplinen*, avrebbe informato, per Kelsen, la definizione della diversa area semantica, rispetto al concetto di « norma [*Norm*] », di quello di « legge naturale [*Naturgesetz*] »: avendo quale proprio riferimento il mondo dell'essere, di ciò che realmente accade, ogni legge naturale si sarebbe presentata quale speciale applicazione della legge generale di causalità [*allgemeines Kausalgesetz*] ⁽¹⁹⁾.

Nell'ambito di una riflessione sulla connotazione sociale dell'esperienza religiosa, questa tesi è stata ripresa da Kelsen, con un'esplicita proiezione socio-antropologica, nelle pagine di *Gott und Staat*. Atteso il carattere ancora altamente antropomorfo della sua conoscenza, il primitivo avrebbe considerato tutte le cose, in quanto entità animate simili all'uomo, soggette a norme, e il loro effettivo comportamento, proprio come il comportamento umano, alla stregua dell'esecuzione di un comando divino, secondo una *mythologische Weltanschauung*, entro la quale la « natura » sarebbe stata intesa, di fatto, come parte della « società » ⁽²⁰⁾.

Se la scienza naturale moderna avrebbe progressivamente sostituito questa primitiva rappresentazione, imparando a distinguere il campo della spiegazione da quello della giustificazione, e a interpretare l'accadere dei fenomeni naturali come il particolare effetto di una determinata causa, l'ulteriore estensione di tale attitudine cognitiva anche al comportamento degli uomini, come causalmente determinato, avrebbe indotto a concepire, secondo un radicale capovolgimento dell'orizzonte di pensiero, la « società » come parte della « natura ». Avverso una simile prospettiva, riflesso di un'opposta visione monistica, Kelsen prendeva fermamente posizione, sottolineando come, solo a condizione che si fosse preservato il carattere normativo della conside-

⁽¹⁹⁾ KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 4 e s. (HKW. 2, p. 81 e ss.) [= *Problemi fondamentali*, cit., p. 43].

⁽²⁰⁾ H. KELSEN, *Gott und Staat*, in « Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur », XI/3 (1922/23), pp. 261-284, p. 263 e s. (rist. in ID., *Aufsätze zur Ideologiekritik*, hrsg. von E. Topitsch, Neuwied am Rhein und Berlin, Luchterhand, 1964, pp. 29-55, p. 31 e s.) [trad. it. *Dio e Stato*, in H. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1988, pp. 137-164, p. 141 e s.].

razione rivolta al sociale, la « società » avrebbe potuto essere costituita come oggetto di conoscenza distinto dalla « natura » (21).

c) *La dottrina dello Stato come « scienza autentica »*. — Proprio la conoscenza della natura, del resto, liberata dalla primitiva concezione « mitologica » del mondo, e costituita nei termini rigorosi e sistematici di un pensiero scientifico moderno, attraverso l'individuazione della legge generale di causalità, « in rapporto alla quale tutte le leggi naturali non sono che leggi particolari » (22), sembrava a Kelsen poter offrire un modello per elaborare la conoscenza dello Stato nelle forme mature di una vera e propria « scienza ».

Considerati i problemi tradizionalmente raccolti nel dominio della dottrina generale dello Stato (23), egli si interrogava, nelle pagine qui in esame, sulla opportunità di riconoscere, insieme con il carattere autonomo della disciplina, la sua reale consistenza teorica, in relazione alla possibilità di affrontare il complesso di questi problemi a partire da un unico principio fondamentale. Tale presupposto, garante dell'unità epistemologica della *allgemeine Staatslehre*, avrebbe dovuto essere a suo giudizio rinvenuto nella concezione dello Stato come ordinamento giuridico (24).

Attesa la concettualizzazione della natura, quale oggetto di conoscenza, come un « ordine », un « sistema di leggi », idonee a descrivere, in termini di necessità, la regolare successione di determinati eventi naturali, sarebbe stato possibile parlare di un « ordine » anche in un senso completamente diverso. Nel senso, cioè, di un « sistema di norme », le quali, in quanto riferite alla doverosità di certi comportamenti, non avrebbero potuto avere altro contenuto che la condotta umana. Solo a condizione di concepire lo Stato come un « ordine normativo » di questo tipo, osservava Kelsen, sarebbe stato possibile intendere alcune ricorrenti affermazioni in merito alla sua essenza — che esso fosse da considerare come una « autorità » sovrastante gli individui; che costituisse essenzialmente, ovvero fosse dotato di una « volontà », diversa da quella degli esseri umani a esso sottoposti; che la sua realtà consistesse, di fatto, in un « potere », in una « forza » dalla quale sarebbero scaturiti effetti di carattere naturalistico —, senza

(21) KELSEN, *Gott und Staat*, cit., p. 264 (rist., p. 32) [= *Dio e Stato*, cit., p. 142]; cfr. ID., *Das Wesen des Staates*, cit., p. 12 e s. [= *Lineamenti*, cit., p. 218 e s.].

(22) KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 5 [= *Lineamenti*, cit., p. 208].

(23) Cfr. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 45 e ss. [= *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 120 e ss.].

(24) KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 16 e s. [= *Lineamenti*, cit., p. 224].

essere costretti ad attribuire a simili asserzioni un significato « mistico »⁽²⁵⁾.

Determinato il genere prossimo, quale « ordine normativo » del comportamento degli uomini, la differenza specifica dello Stato, rispetto a ogni altra forma di aggregazione sociale, veniva ricondotta alla natura « coercitiva » delle sue norme, le quali avrebbero evidenziato, pertanto, il carattere di « norme giuridiche ». L'idea per cui lo Stato, come personificazione dell'ordinamento giuridico, avrebbe espresso l'unità del sistema delle norme valide nell'ordinamento, conduceva per Kelsen al superamento del problema gnoseologico derivante dalla ipostatizzazione dello Stato come oggetto di conoscenza autonomo rispetto al diritto⁽²⁶⁾. Questa tesi, come anticipato, avrebbe avuto una diretta rilevanza nella definizione del campo teorico della *allgemeine Staatslehre*: come l'assorbimento del « supranaturaler Gottesbegriff »

(25) KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 6 e ss. [= *Lineamenti*, cit., p. 209 e ss.].

(26) Può essere interessante osservare, al riguardo, come Kelsen prendeva in considerazione l'eventuale obiezione di quanti, pur inteso lo Stato come ordinamento giuridico, mettevano in questione la sua identità con il diritto, reputando quest'ultimo come un ambito più ampio e generale, ovvero configurando lo Stato come « un ordinamento giuridico particolarmente qualificato ». In proposito, egli volgeva l'attenzione alla questione — oggetto di costante interesse da parte sua — dell'ordinamento giuridico « primitivo ». In un ordinamento siffatto, l'esecuzione dell'atto coercitivo sarebbe stata affidata direttamente al soggetto leso nei propri interessi: se la « vendetta di sangue [*Blutrache*] » avrebbe costituito il paradigma di questa originaria organizzazione, il diritto internazionale ne avrebbe rappresentato una sorta di laboratorio contemporaneo (sul punto mi permetto di rinviare a C. NITSCH, *Diritto e forza nella comunità degli Stati. Studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, Napoli, Satura, 2012, p. 107 e ss., 140 e ss.). L'evoluzione sociale, orientata nel segno della divisione del lavoro, avrebbe prodotto una graduale sottrazione dell'esercizio della coercizione al singolo consociato offeso, quindi l'affidamento di tale responsabilità a un soggetto appositamente qualificato, che sarebbe venuto progressivamente a svolgere questa funzione in modo professionale. Tanto l'uno quanto l'altro, del resto, avrebbero agito in qualità di « organi » dell'ordinamento, e la loro condotta, solo in quanto da questo autorizzata, non avrebbe costituito una nuova violazione del diritto, ma la legittima reazione nei confronti di un comportamento ritenuto antiggiuridico. Laddove si fosse voluto adoperare la parola « Stato » solo in presenza di organi specializzati, funzionanti secondo il criterio della divisione del lavoro, « nulla da obiettare »: ma si sarebbe dovuto tener presente — avvertiva Kelsen — che tra un ordinamento coercitivo così organizzato e l'ordinamento giuridico primitivo non vi sarebbe stata che « una differenza tecnica di grado », non già « una differenza essenziale » (KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 15 [= *Lineamenti*, cit., p. 222]; cfr. ID., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., p. 90 e s. [= *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, cit., p. 97 e s.]).

nel concetto di « natura » aveva costituito il presupposto essenziale della nascita di una scienza della natura libera da ogni metafisica, così la riduzione del « überrechtlicher Staatsbegriff » al concetto di « diritto » avrebbe rappresentato l'indispensabile condizione preliminare per lo sviluppo di una conoscenza realmente scientifica del diritto positivo e dello Stato (27).

Conseguita tale premessa, Kelsen riproponeva, consapevolmente rovesciando l'orientamento della proiezione analogica, l'accostamento tra i due concetti di « Rechtsgesetz » e « Naturgesetz »:

« La proposizione giuridica [*Rechtssatz*], come la specifica *legge giuridica* nell'ambito del diritto e dello Stato, è l'analogo della legge naturale. [...] La distinzione decisiva tra la *legge naturale* e la *legge giuridica*, che si presenta come proposizione giuridica, è questa: che il modo del collegamento tra le due fattispecie non è — come nella legge naturale — il *dovere* [Müssen] *della causalità*, bensì il *dovere* [Sollen] *della imputazione*. Se si definisce questo collegamento — posto dal “deve” — di due fattispecie nella norma giuridica *imputazione*, allora l'imputazione è, nell'ambito del sistema indicato come Stato o diritto, il principio analogo alla causalità » (28).

Quale espressione della specifica connessione, all'interno di un « giudizio ipotetico », di due fattispecie, che avrebbero assunto, nella proposizione giuridica, il rapporto logico di *Bedingung und Folge*, l'« allgemeines Zurechnungsprinzip » avrebbe dunque rappresentato, proprio come l'« allgemeines Kausalgesetz » nella comprensione dell'ordine della natura, la condizione di possibilità della conoscenza dell'ordine sociale normativo, il postulato della intelligibilità del sistema giuridico-statuale, e pertanto il fondamento stesso dell'unità scientifica e dell'autonomia disciplinare della *allgemeine Staatslehre*.

3. Stato e diritto: nota minima su Volpicelli.

Eccede la portata di questo breve esercizio di lettura qualunque ipotesi di confronto tra le posizioni di Kelsen e Volpicelli. Non è difficile immaginare, tuttavia, l'interesse che la riflessione qui ripercorsa deve aver suscitato nel giovane giurista italiano, il quale, nella relazione tra i concetti di Stato e diritto — « relazione assai laboriosa e controversa, come sanno gli specialisti del problema » (29) —, ritrovava, in

(27) KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., p. 253 [= *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, cit., p. 262]; quindi ID., *Das Wesen des Staates*, cit., p. 16 [= *Lineamenti*, cit., p. 224].

(28) KELSEN, *Das Wesen des Staates*, cit., p. 13 e s. [= *Lineamenti*, cit., p. 220].

(29) A. VOLPICELLI, *Società, Stato e società di Stati*, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », I/1 (1927), pp. 5-12, p. 10.

quegli stessi anni, un nodo centrale e ineludibile della propria interrogazione.

Sebbene molto diverse fossero le premesse filosofiche, e radicalmente altre le prospettive, anche politiche, dell'indagine, egli era pervenuto a risultati almeno in parte analoghi a quelli conseguiti da Kelsen, nel momento in cui, al fine di chiarire la « natura logica » della dottrina generale dello Stato, e di precisare la sua specifica « posizione conoscitiva », aveva riconosciuto essere lo Stato, « giuridicamente considerato », perfettamente coincidente con l'ordinamento giuridico: « nulla di antecedente ad esso, o comunque di distinto e sia pur di variamente connesso con tale ordinamento, ma proprio, assolutamente, quest'ultimo »⁽³⁰⁾.

IRENE STOLZI

CULTURA GIURIDICA E REGIME FASCISTA

1. Fascismo e cultura giuridica: le evoluzioni della storiografia. — 2. Arnaldo Volpicelli e l'ipotesi corporativa. — 3. Kelsen e Volpicelli.

1. *Fascismo e cultura giuridica: le evoluzioni della storiografia*

Il libro di cui si discute tocca molti piani; esso testimonia, anzitutto, una iniziativa editoriale, ovvero la scelta di ripubblicare il volume, uscito nel 1930, che vedeva Kelsen e Volpicelli nella veste di coautori; v'è poi la ricca e articolata prefazione di Mario Losano, che non si limita a ricostruire le tortuose vicende che portarono alla pubblicazione di quel volume, ma che affronta, più in generale, la questione del rapporto tra cultura giuridica e fascismo; ci sono, infine e ovviamente, i testi di Kelsen e Volpicelli. E sarà proprio seguendo la rotta tracciata da Losano nella sua introduzione, che tenterò di articolare le mie osservazioni, toccando, sia pur rapidamente, la questione delle interpretazioni del fascismo, del ruolo giocato dalla cultura giuridica 'militante', per azzardare, in conclusione, un'ipotesi di raffronto tra Kelsen e Volpicelli.

⁽³⁰⁾ A. VOLPICELLI, *Natura, oggetto e limiti della Dottrina generale dello Stato*, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », III/6 (1930), pp. 353-365, p. 359. « La dottrina generale dello Stato — concludeva Volpicelli —, dal punto di vista del diritto, è quindi la *teoria generale dell'ordinamento giuridico*, e poiché la nozione di diritto si risolve compiutamente in quest'ultima (in quella cioè di ordinamento giuridico), la dottrina generale dello Stato coincide puntualmente con la *teoria generale del diritto* » (*ibidem*).

Per quanto attiene al profilo delle valutazioni relative al regime, Losano prende le mosse da tre letture, che definisce « esemplari » (1) nel loro essere espressione di sensibilità interpretative diverse: quella di Bobbio, anno 1973, quella di Luigi Ferrajoli, del 1999, e quella di Paolo Grossi, del 2000 (2). Al centro della ricostruzione di Losano sta il problema della statura culturale che si è ritenuto, e si ritiene, di poter attribuire al fascismo: mentre Bobbio — dice Losano — « nega che sia esistita una cultura del fascismo », benché riconosca la parziale eccezione rappresentata proprio dai « giovani gentiliani che si raccolsero intorno al ministro Giuseppe Bottai nella Scuola di scienze corporative dell'Università di Pisa » (3), Ferrajoli e Grossi, pur nella diversità delle rispettive posizioni, sono più inclini a riconoscere uno specifico rilievo culturale alla scienza giuridica fascista, o almeno a una parte di essa.

Da un simile punto di vista, Grossi e Ferrajoli sono annoverabili tra gli interpreti che hanno riconosciuto nel fascismo una galassia anche culturalmente variegata, non riconducibile alle semplificanti — ma per molto tempo assai seguite — immagini di una scienza del diritto divisa tra apologeti e formalisti, considerati come categorie nitidamente separate e compattamente omogenee al loro interno. Non più, dunque, i rozzi cantori del regime, stampella fragile di un potere con (ugualmente confuse) aspirazioni rivoluzionarie, da un lato, e la falange serrata dei giuristi fedeli all'ideario ermeneutico tradizionale e per ciò stesso distanti dalla dittatura, dall'altro. La cultura giuridica durante il fascismo è invece iniziata ad apparire, tanto sul fronte dei giuristi tecnici, quanto su quello dei giuristi di regime, un orizzonte singolarmente mosso ed articolato all'interno del quale si sono confrontate, scontrate o più semplicemente affiancate idee assai diverse sul ruolo da riconoscersi al diritto e ai suoi operatori. Non solo perché entrambi i fronti sono apparsi popolati da personaggi caratterizzati da diverso spessore e robustezza teorica, ma anche perché a emergere dalle pagine degli storici che hanno deciso di giocare la carta dell'articolazione, è stato il volto di una comunità che mostrò di intrattenere col fascismo, con le sue manifestazioni normative, ideali e istituzionali, un rapporto più complesso di quanto si è lungamente — e anche sulla scorta delle interpretazioni fornite dai giuristi che vissero durante il Fascismo — sostenuto. Tra gli entusiasmi rivoluzionari e gli scetticismi conservatori, sono state messe in luce, dalla storiografia più recente, le adesioni diversamente motivate al fascismo, o ad alcuni aspetti della sua politica,

(1) M. LOSANO, *Prefazione*, p. 11.

(2) N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, Einaudi, 1973; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana — un profilo storico (1865-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000.

(3) *Ibidem*, citando da Bobbio.

come è stato messo in risalto il timbro novatore di alcune voci — penso a Enrico Finzi e Lorenzo Mossa sul piano privatistico; a Costantino Mortati sul piano pubblicistico — che tentarono, sia pur da osservatorii e sensibilità differenti, di rispondere — oltre il fascismo e talora anche malgrado il fascismo — alle sfide regolative poste dal nuovo secolo.

Tali risultati dell'indagine storica non hanno però portato a disperdere in un caleidoscopio di distinguo l'identità del regime e della scienza giuridica che operò nel Ventennio; al contrario, mi pare che abbiano contribuito a conferire al regime una più solida statura storica e storiografica. A ben vedere, infatti, il rischio di diluire la specificità — e la specifica pericolosità — del fascismo era più alto in quelle letture che, pur sovente animate dalla (meritoria) intenzione di formulare una condanna recisa nei confronti del regime, hanno tuttavia finito per appartare il fascismo dalla storia complessiva del Novecento. Sono stati essenzialmente due gli argomenti, speculari ma analoghi negli esiti prodotti, utilizzati in tale direzione: considerare il fascismo, crociantamente, come una parentesi, come una tempesta improvvisamente abbattutasi sulla storia e destinata, per ciò, a dissolversi e a lasciare poche tracce: sugli anni trascorsi — così emblematicamente Calamandrei — « noi vorremmo limitarci a scrivere [...] *'Hic sunt ruinae'*: e ripigliare [...] il discorso come se l'avessimo lasciato ieri » (4). Oppure, e questo è il secondo argomento, si è teso a leggere nel fascismo il risultato — se non necessario, certo possibile — di un liberalismo già non troppo liberale, capace di allevare in sé i germi della svolta dittatoriale. In entrambi i casi si è finito per valorizzare soprattutto gli elementi di continuità: quando si è sostenuto che il sistema dei poteri anteriore al fascismo ne rappresentasse il prologo (più o meno) scontato, si è infatti tirata una linea lunga tra liberalismo, fascismo e Italia democratica, identificando, di volta in volta, le insufficienze e le zavorre di lungo corso gravanti sulla storia nostrana (incontrastato dominio del capitale, incapacità di mettere a fuoco un modello di sviluppo non autoritario ecc. ecc.).

Del pari, quando si è detto che fascismo era stata una parentesi e quindi, fundamentalmente, un incompiuto, un potere incapace di espugnare davvero società, istituzioni e diritto, si finiva per creare un ponte tra il secondo Ottocento e il secondo Novecento (« ripigliare il cammino come se l'avessimo lasciato ieri », appunto), precludendosi non solo la tematizzazione della svolta fascista, ma anche, e ancor più, la perce-

(4) P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia* (1950), in « Rivista di diritto processuale », V (1950), pp. 273-274.

zione della rottura costituzionale del 1948 e della necessaria distanza tra liberalismo ottocentesco e democrazie postbelliche ⁽⁵⁾.

Le intuizioni contenute in tali, più risalenti, letture, peraltro, non sono state smentite dal discorso storiografico successivo; semplicemente gli aspetti da esse rilevati sono stati (ri)collocati all'interno di un orizzonte ermeneutico più incline a valorizzare gli elementi di discontinuità, più incline a porre in risalto la specificità del fascismo e, più in generale, la specificità del Novecento. Fascismo e Novecento, dunque, sono apparsi come capitoli storici impossibili da comprendere senza considerare (quanto meno) il volto della nuova società di massa, il volto di quella società — organizzata per blocchi di interessi e percorsi da imponenti conflitti — che rendeva irrimediabilmente anacronistici tanto i riferimenti a un gioco sociale risultante dalla spontanea e armonica interazione tra individualità singole, quanto l'immagine, correlativa, di una statualità astratta dalla sottostante dinamica socio-economica e, per questo, autenticamente sovrana. All'interno di questo orizzonte interpretativo, una nozione, come quella di totalitarismo, che aveva attraversato alterne fortune storiografiche, pare aver acquistato nuovo vigore: ritenuta capace di esprimere una ipotesi di relazione tra Stato e società distante da quelle sperimentate o prospettate dalle più risalenti forme di autoritarismo, i riferimenti allo Stato totale hanno costituito un varco importante per riconoscere « dignità di pensiero » ⁽⁶⁾ alle riflessioni di alcuni giuristi militanti. Con una ulteriore, rilevante, conseguenza: tale riconoscimento non serve più (o non serve più soltanto) a segnalare la distanza tra intenti e realizzazioni, tra la (vuota) magniloquenza delle professioni rivoluzionarie e la pochezza dei risultati raggiunti. Da un lato, perché l'attribuzione di una statura culturale ai discorsi di alcuni giuristi *engagés* impedisce di attribuire le carenze realizzative del regime alla presenza di una insufficiente o confusa elaborazione teorica a monte, costringendo a cercare altrove (nel sovrapporsi di molte e diverse interpretazioni della rivoluzione fascista, nelle resistenze, più o meno consapevoli opposte dal vecchio mondo liberale, dalle contraddizioni interne alla organizzazione del potere fascista ecc.) le ragioni dello iato tra intenti e realizzazioni. Dall'altro lato, perché questo iato è divenuto esso stesso oggetto di alcune recentissime indagini storiografiche che hanno teso a sottolineare come l'impatto sulla vita italiana di alcune novità fasciste — come quella

⁽⁵⁾ Per una ricognizione complessiva delle evoluzioni del discorso storiografico sul fascismo e per le relative indicazioni bibliografiche, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica*, in « Studi storici » 2014, pp. 139-154.

⁽⁶⁾ P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963, p. 7.

corporativa — sia stato meno irrilevante di quanto si è per molto sostenuto (7).

2. Arnaldo Volpicelli e l'ipotesi corporativa

È stato un risalente e pionieristico lavoro di Paolo Ungari (anno 1963) (8) ad aver inaugurato un nuovo modo di guardare ai c.d. giuristi di regime: non identificabili soltanto con la voce di apologeti di basso rango, molti di essi sono apparsi gli alfieri di una visione del diritto nuova, e nuova anche perché orientata a mettere a fuoco i contorni della frontiera, squisitamente novecentesca, dello Stato totalitario. Sebbene l'invito di Ungari a proseguire nella direzione tracciata nel lavoro del 1963 con riguardo specifico ad Alfredo Rocco, non sia stato raccolto in tempi brevi, la ricerca storica ha ormai incluso nelle proprie maglie il riferimento ai giuristi di regime. Anche in questo caso, si sono studiate e approfondite le differenze — Rocco non è Bottai, Volpicelli non è Panunzio, Maggiore non è Spirito ecc. — ma, allo stesso tempo, sono state identificate alcune caratteristiche condivise da questo lato della scienza giuridica. Prima tra tutte, la comune aspirazione dei giuristi militanti culturalmente (più) provveduti a porsi al centro del processo di ristrutturazione e rinnovazione della vita nazionale, anche attraverso una contestazione frontale dell'idea che al giusperito spettasse solo di lavorar sulle norme, di comporne in sistema le formule. A essere rivendicata fu dunque una vocazione spiccatamente progettuale per la scienza del diritto, e gli stessi giuristi di regime furono intenti a mettere a fuoco altrettante, e diverse, interpretazioni del fascismo, scontrandosi sulle caratteristiche che esso avrebbe dovuto avere per conseguire la propria legittimità storica. La scienza — a dirlo è proprio Volpicelli — non abdica alla « propria e inderogabile funzione critica » solo se « interpreta e insieme promuove la realtà, [se] obbedisce e [insieme] comanda alla vita » (9). Quello che a Calamandrei — in un testo su cui Losano a ragione si sofferma — pareva un insopportabile segno della « pretesa di trasformare i giuristi in politici » (10), facendoli « cessare di essere servitori delle leggi vigenti, per diventare invece i promotori delle leggi dell'avvenire » (11), costituiva dunque il cuore della scommessa epistemologica degli *homines novi* del regime.

(7) In questo senso, A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010 e S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010.

(8) Si tratta del già citato *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*.

(9) A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in « Nuovi studi di diritto, economia, politica », VI (1932), p. 102.

(10) LOSANO, *Prefazione*, p. 46.

(11) P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (1940), pubblicato a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari, Laterza, 2008, citato da Losano a p. 46.

Che la prospettiva corporativa apparisse un alveo teorico particolarmente ospitale non sorprende: mai considerato un congegno limitato e limitabile alla mera organizzazione delle relazioni sindacali e produttive, il corporativismo entrava nelle pagine di questi giuristi nella veste di esperimento istituzionale chiamato a disegnare, attraverso una inedita organizzazione delle energie individuali e sociali, i contorni del nuovo Stato totale. Se infatti il lessico totalitario è un « lessico di relazione », è un lessico, cioè che « implica una ‘messa in rapporto’ dello Stato con un altro da sé: con uno spazio sociale che, variamente tematizzato e denominato, non può venire rappresentato come ‘esterno’ e indifferente allo Stato, ma deve essere descritto nei mille legami istituzionali e simbolici che lo stringono ad esso » (12), l’ipotesi corporativa poteva, senza forzature, essere spesa anche in questa direzione.

Non è un caso che l’individualismo diventasse una categoria interpretativa dilatata, chiamata a descrivere, sinteticamente, vizi e irrisoltezze di tutta la precedente modellistica giuspolitica: individualistica o, per dirla con Volpicelli, « atomistico-rapportuale » (13), era infatti considerata ogni teoria fondata sulla (asserita possibilità della) autonoma definizione delle grandezze coinvolte nello spettro dell’indagine giuridica; mentre la salvezza dello Stato e, più in generale dell’ordine sociale, apparivano conseguibili, agli occhi di questo lato della riflessione giuridica, solo accettando di definire *per relationem* l’identità di individuo, società e Stato, solo accettando di vedere in essi i capitoli di un unico e ininterrotto sistema di relazioni organizzato e gestito dal centro statale. Convinti che il pluralismo, sociale e istituzionale, fosse in ogni caso sinonimo di disgregazione, la scommessa corporativa doveva riuscire a trasformare lo Stato nel soggetto della organizzazione sociale, e la moltitudine di corpi intermedi, creati o riformati dal regime, in altrettante risorse fondative (non più turbative) della nuova e pervasiva statualità fascista. Gli stessi, insistiti, riferimenti a una strutturazione organica e gerarchica del corpo sociale non servivano più a descrivere, al modo di tanta letteratura precedente, i processi di spontanea e diseguale distribuzione delle energie sociali e individuali; essi erano al contrario utilizzati per segnalare la nuova veste di demiurgia sociale dello Stato e, con essa, la necessità di quel processo statale di costruzione di una « disciplina delle differenze » (14) che solo valeva a legittimare la palingenesi corporativa.

(12) P. COSTA, *Lo ‘Stato totalitario’: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », XXVIII (1999), tomo I, p. 95.

(13) VOLPICELLI, *Santi Romano*, in « Nuovi studi di diritto, economia, politica », III (1929), p. 360.

(14) A. ROCCO, F. CARLI, *I principi del nazionalismo economico*, in *Il nazionalismo economico*, Bologna, Neri, 1914, p. 141.

All'interno di questo universo discorsivo, Volpicelli veicola una interpretazione peculiare (« integrale ») del corporativismo: allievo di Giovanni Gentile, precocemente appartato dal dibattito pubblico-politico e forse per questo meno studiato del suo compagno di ventura, Ugo Spirito, Volpicelli attribuisce al corporativismo la missione di realizzare una « immedesimazione assoluta dello Stato con l'individuo » (15). Se infatti fuori dallo Stato la società era « mera naturalità e molteplicità » (16) e se non esisteva alcuna vocazione spontanea della società a comporsi nello Stato, il corporativismo era chiamato, costruendo una fitta rete di organizzazioni sociali, a « saldare » (17) l'individuo allo Stato, al suo progetto di convivenza. « Stato corporativo — dice Volpicelli — è stato che organizza e disciplina nel suo sistema unitario tutta la vita della società » (18), è lo Stato incaricato di azzerare la distinzione tra autonomia ed eteronomia a favore di una loro completa osmosi, a favore della compiuta introiezione dell'autorità statale.

Sotto questo profilo — si tratta di osservazioni che ho fatto altrove — scontavano il limite di una « intuizione naturalistica » (19) dei soggetti e della società tutte quelle teorie che tendevano a occuparsi solo della relazione 'esterna' tra Stato e individuo: tra Rocco e Kelsen la distanza era meno radicale di quanto si credesse perché, se Kelsen metteva espressamente in valore l'autonomia del soggetto, Rocco, che pure la negava predicando il carattere « infinitesimale e transeunte » della individualità, non poteva andar molto oltre l'affermazione di una supremazia dell'organismo sulle sue parti, supremazia ancora alimentata dalla forza di un potere che continuava a piombare e a imporsi sul sociale dell'esterno (20). Finché infatti la logica rimaneva quella del *quantum* di autorità, il rischio che l'individuo si sentisse in catene dinanzi all'infinito potere dello Stato era molto alto: fortissimo se capace di inondare dei propri contenuti l'intera area della convivenza, ma fragilissimo e arrogante se convinto di poter dosare *ex alto*, cioè dall'esterno, autonomia ed eteronomia, lo Stato doveva capire che tra la conquista interiore dell'individuo e il rischio di allevarsi nemici in seno, non c'erano alternative. « Natura organico-statale dell'individuo » (21) significava allora questo, che « tutta la vita individuale o sociale e[ra] pubblica o politica: per definizione. Soprattutto la così detta vita

(15) VOLPICELLI, *Santi Romano*, cit., p. 359.

(16) Ivi, p. 24.

(17) Ivi, p. 359.

(18) VOLPICELLI, *I fondamenti ideali del corporativismo*, in « Archivio di studi corporativi », I (1930), p. 211.

(19) VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo — polemizzando con H. Kelsen*, in « Nuovi studi di diritto, economia, politica », III (1929), p. 257.

(20) VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., p. 106.

(21) VOLPICELLI, *I fondamenti ideali*, cit., p. 209.

economica o quella religiosa o morale, che il vecchio Stato formalistico — politico e agnostico — negativo [...] lasciava fuori di sé, come naturale diritto e sfera d'azione dei privati individui, nella loro singolarità irrelata » (22). Il problema del potere, che era poi il problema stesso del diritto, non era (più) dunque un problema di confini, di spartizione di aree e competenze: « il diritto non traccia i confini fra gli individui, li organizza in un sistema e in un lavoro comune, li unifica » (23).

La scomparsa di zone di autonomia individuale e della distinzione tra diritto pubblico e privato — « tutto il diritto è per definizione pubblico » (24) — non figurava perciò come uno degli esiti possibili della ricostruzione volpicelliana, ma costituiva condizione essenziale di pensabilità del suo progetto di ristrutturazione corporativa della dinamica socio-politica.

3. *Kelsen e Volpicelli*

Seguendo la traccia che si è rapidamente tracciata, mi sembra che Losano sia riuscito a mettere chiaramente in luce come Kelsen e Volpicelli parlino la stessa lingua e, a un tempo, lingue diversissime. Parlano la stessa lingua perché sottolineano ed evidenziano entrambi la peculiarità della temperie novecentesca e delle richieste regolative formulate dal nuovo secolo: « ci si chiedeva — nota Losano — quale modello adottare per strutturare gli Stati nuovi, o per rinnovare quelli vecchi, e tre proposte politiche si contendevano il terreno, ciascuna in lotta con le altre due: la democrazia parlamentare, il social comunismo e il fascismo » (25). A unirli è quindi la ricerca delle strade repute idonee ad affrontare il problema, capitale, del rapporto tra Stato e società (di massa) nel nuovo clima storico. Entrambi poi legarono la ricerca di tali strade alla questione epistemologica, nella convinzione che la riflessione sullo statuto disciplinare del giusperito non fosse che l'altra, necessaria, faccia delle sfide poste dal nuovo secolo. Sia Kelsen che Volpicelli — a notarlo è sempre Losano — combattono almeno due avversari comuni: la deriva empiristico-sociologizzante che sembrava oscurare i tratti propri della riflessione teorica sul diritto (26), da un lato; i tanti, diffusi irrigidimenti positivistici che tendevano a circoscrivere il lavoro del giurista nell'angusto perimetro tracciato dai testi normativi, dall'altro.

(22) *Ibidem*.

(23) VOLPICELLI, *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, vol. III, *Discussioni*, Roma, Tipografia del Senato, 1932, p. 88.

(24) VOLPICELLI, *I fondamenti ideali*, cit., p. 210.

(25) LOSANO, *Prefazione*, p. 47.

(26) *Ivi*, p. 43.

Allo stesso tempo i due giuristi parlano lingue assai distanti, offrendo interpretazioni speculari della crisi postbellica e della stessa ipotesi corporativa. Indubbiamente la domanda che li lega è affine e riguarda, in buona parte, le modalità attraverso le quali portare la società, la nuova e complessa società novecentesca, all'interno dello Stato. Tuttavia — lo si è cercato di dire rapidamente al paragrafo precedente — il corporativismo di cui parla Volpicelli non ha nulla a che vedere con la rappresentanza degli interessi economico-professionali cui si riferisce Kelsen; è piuttosto un progetto di rifondazione dell'autorità dello Stato che contempla *anche* il governo dei fatti economici, ma quale parte della nuova organizzazione totalitaria del potere pubblico. La società economica delle pagine kelseniane è invece una società che si immagina capace di portare nello Stato i suoi interessi, i suoi punti di vista, i suoi inevitabili contrasti. L'ottica con cui Kelsen guarda all'ipotesi corporativa e che lo porta a dire che il corporativismo rischiava di apparire un rimedio peggiore del parlamentarismo, del male, cioè, che pretendeva di curare, nasce proprio dalla rilevata difficoltà (o impossibilità) di realizzare un accordo tra quella moltitudine di interessi senza ricorrere a una istanza, conciliativa o di sintesi, a essi esterna.

Quando Volpicelli insiste sulla « politicità assoluta » dell'esperimento corporativo, fa riferimento alla necessità che lo Stato identifichi un progetto di convivenza chiamato pervadere e assorbire ogni spazio di autonomia sociale e individuale in vista della realizzazione della integrale pubblicizzazione della dinamica giuridica (e della integrale introiezione dell'autorità). Era dunque sul fronte, che Volpicelli chiama politico, dei contenuti, degli obiettivi dell'azione statale che si giocava la partita corporativa e la sua capacità di impregnare ogni rivolo della convivenza, mentre Kelsen, non riuscendo a distaccarsi da quella idea dello Stato come « mero ente giuridico » (27), finiva, agli occhi di Volpicelli, per rimanere incagliato in una visione meramente procedurale, accontentistica, dello Stato e del suo potere. Per usare la celebre espressione di un altro giurista di regime, Giuseppe Maggiore, Kelsen appariva un « ateo dello Stato » (28), continuando a perpetuare quel « dispregio del mondo dei valori e dei fini » (29), che aveva sancito la crisi lo Stato liberale e che avrebbe condannato anche lo Stato avvenire a eludere il problema cruciale del presente, quello del governo della società di massa (30). Se dunque Kelsen non solo ammetteva, ma riteneva centrale il problema dell'incontro su base plurale tra Stato e

(27) VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo*, cit., p. 262.

(28) G. MAGGIORE, *Quel che resta del kelsenismo*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. I, p. 62.

(29) Ivi, p. 63.

(30) VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo*, cit., p. 264.

società, e, insieme a esso, la ricerca delle strade ritenute capaci di non disperdere né lo Stato, né la società, in Volpicelli, come negli altri giuristi di regime, la tematizzazione del ruolo del sociale passava attraverso una drammatizzazione del momento del conflitto, drammatizzazione che portava a ripudiare come passatistica qualunque ricetta disposta ad ammettere ipotesi di coabitazione, sia pure autoritaria, tra pluralità e statualità, tra autonomia ed eteronomia.

Anche se, a ben vedere, a rimanere scoperto nella ricostruzione volpicelliana — come in molti altri assertori della soluzione totalitaria — era proprio l'individuazione del nucleo di statualità chiamato a identificare il progetto di convivenza sulla base del quale realizzare la compiuta immedesimazione degli individui con lo Stato. Escluso infatti che la politica potesse coincidere — volgarmente — con il mero contenuto degli atti di governo ⁽³¹⁾ o che potesse essere il parlamento il luogo di elaborazione di tale progetto, l'ossessiva ricerca di una dimensione della statualità non scalfita dalla insidia del pluralismo disgregatore, finiva per lasciare non identificato proprio il motore primo della nuova macchina totalitaria, salvo ammettere che esso potesse coincidere — ma l'evenienza non è contemplata a livello teorico — con la nuda volontà del capo.

Dall'altro lato, che Kelsen destini buona parte delle sue riflessioni al problema delle procedure, della ricerca delle regole ritenute capaci di realizzare la simultanea salvaguardia della legittimità e della necessità del centro statale non meno che della pluralità sociale, è indubbio. Resta da capire cosa rimanga nel suo pensiero di quella concezione della storia, cui neppure lo statualismo autoritario ottocentesco aveva abdicato, in virtù della quale la storia veniva vissuta come dimensione progressiva e incrementale, come dimensione capace di offrire al presente un patrimonio intangibile di conquiste di civiltà, suscettibile, certo, di essere rimodulato e complicato, ma non rinnegato. Era infatti quello il piano incaricato di comporre la indiscutibile maestà sovrana dello Stato con la presenza di un sottostante tessuto di diritti e libertà: entrambi raffigurati come il portato — inevitabile e perciò irrevocabile — dello sviluppo storico, Stato e diritti, Stato e libertà, conseguivano una legittimazione congiunta, pur attraverso il riferimento, di netto segno statualistico, alla teoria dell'autolimitazione. Mentre dalle pagine di Kelsen emergono i contorni della complessità di un presente che deve riuscire a farsi futuro, possibilmente non rinunciando a quel « nesso obbligato tra storia e libertà » ⁽³²⁾ (tra storia e autonomia, storia e diritti, storia e partecipazione), nesso di cui invece auspicavano la recisione gli assertori della soluzione totalitaria. Questo nesso tuttavia

⁽³¹⁾ VOLPICELLI, *I presupposti scientifici*, cit., p. 101.

⁽³²⁾ P. COSTA, *Civitas — Storia della cittadinanza in Europa*, IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 246.

non viene più — ottimisticamente — raffigurato come un esito necessitato della evoluzione, quasi che la crescente complicazione delle relazioni tra privato e pubblico, tra giuridico, politico ed economico, non consentisse più di riporre soverchia fiducia in una relazione armonica tra passato, presente e futuro, relazione investita del difficile compito di sostenere e orientare il problema dei contenuti e dei limiti del potere.

Muovendo da questo osservatorio, diventa forse significativo — e così riprendo le osservazioni iniziali — che la storiografia più sensibile abbia rilevato come la perdurante affezione, negli anni del regime, di molti giuristi 'tecnici', ai canoni ermeneutici tradizionali, sia stata, certo, il riflesso della difficoltà a immaginare in modo nuovo e diverso la relazione tra privato e pubblico, tra società e stato, tra diritto, politica ed economia. Tuttavia, dietro questa difficoltà non si è scorto solo la nota ritrosia del giurista al confronto con le trasformazioni, ma anche l'operare di una mentalità più radicale, coinvolgente proprio il ruolo immaginato per la storia e per i suoi svolgimenti. A emergere è stato quindi il volto di percorsi poliedrici, talora venati da importanti tratti di statualismo autoritario, ma concordi nel ritenere che il fascismo, con la sua ambizione a far *tabula rasa* del passato, fosse, più che un *monstrum*, un apolide della storia, nella sua doppia veste di periodo incapace di abitare e di produrre storia. Non solo: il fascismo, oltre a non aver prodotto storia, aveva, in alcuni casi, contribuito a bloccarne il corso: proprio quando la scienza giuridica iniziava a prendere congedo da certe rigidità dello strumentario concettuale ottocentesco, era « succeduta la catastrofe »⁽³³⁾, si era assistito a un sequestro, a una utilizzazione impropria delle sollecitazioni al mutamento che, sbalzate fuori dal loro naturale alveo evolutivo, diventavano inservibili ai 'giuristi-giuristi', agli unici custodi autentici del mutamento. Quello che di nuovo si era prodotto negli anni del regime, dunque, non poteva essere riportato alle ambizioni novatrici del fascismo, semmai all'operare di quel moto evolutivo, riposto e per ciò irresistibile, che aveva prodotto (non a caso) trasformazioni di analogo tenore anche in paesi retti da regimi non dittatoriali⁽³⁴⁾.

Questo per dire che il discorso storiografico è probabilmente pronto a ricomporre la frattura tra la lettura bobbiana e quelle che, invece, hanno teso a riconoscere l'esistenza di una cultura giuridica fascista. Non sembra infatti impossibile mantenere ferma, con Bobbio, una idea di cultura come fattore — di nuovo: progressivo — di civiltà

(33) F. CARNELUTTI, *La via della salvezza*, in *Atti del terzo Congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo 19-23 Ottobre 1952, Milano, Giuffrè, 1954, p. 28.

(34) V., in questa direzione, P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile — una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », XXVIII (1999), tomo I, pp. 175-292.

e inciviltamento, come dimensione — mi si passi la semplificazione grossolana — valoriale, che consentiva di escludere il fascismo dai fenomeni capaci di produrre cultura; allo stesso tempo, diviene possibile, riconoscere una statura teorica (se non si vuol definire culturale) anche ad alcuni di quegli intellettuali, tra i quali sicuramente sta Volpicelli, che tentarono di mettere a fuoco i contorni della nuova stagione fascista, inseguendo l'ideale di una cesura netta tra passato, presente e futuro. La stessa eccezione riconosciuta da Bobbio per i gentiliani e la scuola pisana diventa una spia rilevante delle difficoltà a collocare questi autori tra le volgarità e i fanatismi più deteriori del regime. Certo, resterebbero da indagare più accuratamente le motivazioni sottese al riconoscimento, da parte di Bobbio, della 'eccezione pisana': se da ricercare nella relativa liberalità dimostrata dai protagonisti di quella stagione nella veste di organizzatori culturali, se da attribuire alla loro eccentricità rispetto alla ortodossia di regime (ammesso che ve ne fosse una), se, infine, derivante dal fatto di accreditarsi come intellettuali che scorsero nel fascismo una risposta possibile alla crisi postbellica, pur senza accedere mai a posizioni di celebrazione acritica del regime e dei suoi corifei più scadenti.

MARIO G. LOSANO

DEMOCRAZIA O CORPORATIVISMO:
RAPPRESENTANZA DEGLI INDIVIDUI
O RAPPRESENTANZA DEGLI INTERESSI?

1. Le critiche alla democrazia parlamentare, ieri e oggi. — 2. Parlamentarismo, volontà popolare e volontà statale: la rappresentanza come finzione. — 3. Rappresentanza e soglie di sbarramento, oggi.

1. *Le critiche alla democrazia parlamentare, ieri e oggi*

Dalla Grande Guerra erano uscite prostrate tanto l'Italia vincitrice quanto la Germania sconfitta e, dopo un faticoso inizio di ripresa economica intorno alla metà degli anni Venti, su entrambe si era abbattuta la crisi del 1929. Era inevitabile che alle repubbliche succedute alle monarchie tedesca e austro-ungarica venissero imputate le difficoltà del momento. Tanto nelle repubbliche quanto nelle monarchie costituzionali il sentimento popolare rimproverava ai parlamenti di non trovare soluzione alla crisi economica, mentre si rafforzavano i movimenti politici che incanalavano questi sentimenti verso forme autoritarie del potere.

Fu in questa atmosfera (per alcuni aspetti stranamente simile a quella dei nostri giorni) che sorse il dibattito non solo politologico tra Hans Kelsen e Arnaldo Volpicelli. Quando la Fondazione Ugo Spirito mise cortesemente a mia disposizione il dimenticato libro del 1930, alla mia decisione di ripubblicare quel testo contribuì anche la sua inattesa attualità sullo scontro sulle forme della rappresentazione politica. Tornerò su questo tema esaminando le recenti decisioni della Corte Costituzionale tedesca sulle soglie di sbarramento, sentite come limiti all'« eguaglianza nelle elezioni ». Ma vorrei anzitutto accennare brevemente ai tre scritti che precedono queste mie righe, nei quali alcuni temi del dibattito tra Kelsen e Volpicelli sono stati accuratamente approfonditi da Francesco Riccobono, da Irene Stolzi e da Carlo Nitsch. A loro va il mio ringraziamento per l'interesse con cui hanno accolto il testo da me curato. Vorrei poter dedicare ai loro interventi la stessa generosa attenzione che essi dedicano anche alla mia introduzione al volume, ma ragioni di spazio mi impongono la massima concisione.

Irene Stolzi riprende e approfondisce i cenni della mia introduzione sull'esistenza di una « cultura » fascista offrendo una sintesi dell'attuale dibattito su questo tema, i cui risultati portano « a conferire al regime una più solida statura storica e storiografica ». Le sue pagine aiutano anche a comprendere come fosse possibile una convergenza intellettuale, sia pur polemica, tra due vite così divergenti come quelle dei due autori del volume del 1930.

Sempre nel contesto degli anni di quel dibattito, Carlo Nitsch ricostruisce puntualmente i temi collegati allo scritto kelseniano del 1926 sulla teoria dello Stato, pubblicato incompleto nella rivista e nel volume di Volpicelli. Pur partendo da posizioni politiche incompatibili, entrambi giungevano però a identificare lo Stato « giuridicamente considerato » con il diritto, secondo passaggi testualmente documentati da Nitsch. Il parallelismo tra Dio e Stato, in particolare, ricollega questo scritto del 1926 alla divinizzazione delle teorie politiche che Hans Kelsen viveva in quegli anni e che avrebbe criticato nel volume *Secular Religion* ⁽¹⁾, pubblicato soltanto nel 2012.

Francesco Riccobono riprende e approfondisce il tema dei rapporti fra individuo, Stato e società, ampliando l'orizzonte teorico anche oltre Kelsen e Volpicelli quando richiama le critiche di Galvano della Volpe al Kelsen « giusnaturalista »: Volpicelli mira a « propugnare un assetto sociale povero, se non del tutto privo, di libertà civili » mentre della Volpe tende a « una necessaria integrazione tra diritti civili e diritti sociali ». Da questo contesto si snoda poi un articolato esame della libertà dell'individuo nella visione della società in Kelsen e in Volpicelli.

⁽¹⁾ Hans KELSEN, *Secular religion: a polemic against the misinterpretation of modern social philosophy, science, and politics as "new religions"*, Wien, Springer, 2012, XV-292 pp.

A Francesco Riccobono, infine, rinnovo il mio ringraziamento per l'aver messo a mia disposizione le lettere inedite tra Kelsen e Volpicelli incluse nella mia edizione. L'amicizia e l'attenzione scientifica della sua offerta mi ha ricordato che la nostra istituzione, pur così acciaccata negli ultimi tempi, è ancora una *universitas studiorum*.

2. *Parlamentarismo, volontà popolare e volontà statale: la rappresentanza come finzione*

Il volume del 1930 riflette un dibattito asincrono — « a senso unico » ma animato « da un'onestà intenzione », come nota Riccobono — perché gli scritti di Kelsen vennero pubblicati prima di quelli di Volpicelli e quindi il loro dibattito sui rapporti individuo e Stato, tra rappresentatività ed economia, tra parlamentarismo e corporativismo (cioè tra la rappresentanza degli individui e quella degli interessi) è in realtà costituito da due monologhi paralleli. Il libro che raccolse quei saggi venne pubblicato nel 1930, unendo scritti di Kelsen (del 1925, 1926 e 1927 ⁽²⁾) a quelli di Volpicelli del 1929 e 1930 ⁽³⁾. In quell'anno Volpicelli viveva quindi nel pieno fervore dell'elaborazione del « suo » corporativismo quale dottrina non solo economica del fascismo in ascesa, mentre invece la democrazia austriaca stava ormai tramontando e Kelsen — che ad essa aveva contribuito come teorico, come co-autore della costituzione del 1920 e come giudice costituzionale dal 1921 ⁽⁴⁾ — era sul punto di partire, nel 1930, per il suo primo esilio a Colonia.

Kelsen è un sostenitore del parlamentarismo, con il suo imperfetto ma perfettibile apparato di partiti ed elezioni, e ritiene che la rappresentanza parlamentare sia una finzione; Volpicelli è un fautore della partecipazione organica dei cittadini in « singoli gruppi organizzati secondo le affinità di interessi e nella misura conforme alla loro importanza nel tutto » ⁽⁵⁾. Kelsen parla di una realtà, Volpicelli di una speranza. La speranza riposta nel corporativismo come strumento per riorganizzare un'economia languente, in un momento in cui i parlamenti erano accusati di essere la causa della crisi, e non la sua soluzione,

(2) KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, 1925, pp. 139-167; ID., *Intorno alla natura e al valore della democrazia*, 1920, pp. 169-205; ID., *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, 1926, pp. 207-286.

(3) VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo*, 1929, pp. 97-113; ID., *Dalla democrazia al corporativismo*, 1930, pp. 115-137.

(4) La produzione kelseniana degli anni 1918-20 è ora raccolta nel vol. 4 (2013) e nel vol. 5 (2011) delle *Hans Kelsen Werke*. Sono in preparazione il vol. 6 (testi degli anni 1920-1921) e il vol. 7 (testi del 1922).

(5) VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo* [1929], in KELSEN, VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo* (1930), Torino, Aragno Editore, 2012, p. 98.

presenta un certo parallelismo con il dibattito attuale tra i fautori di una democrazia sempre più diretta e quelli d'una tecnocrazia dei grandi raggruppamenti sovranazionali, sia produttivi sia finanziari. Per brevità, vorrei soffermarmi sul problema della rappresentanza dei cittadini come strumento per la gestione dello Stato. A questo proposito gli scritti di Kelsen vanno storicizzati: ad esempio, egli vede una minaccia per la democrazia rappresentativa solo nella monarchia e nel bolscevismo ⁽⁶⁾, ma non nel nazionalsocialismo. Bisogna tuttavia ricordare che, nelle elezioni del 1928, quest'ultimo partito aveva ottenuto solo il 2,6% dei voti.

Per Kelsen, nel 1925, il parlamento era « un compromesso fra il postulato democratico della libertà e il principio della divisione differenziale del lavoro », fondato sulla « finzione della rappresentanza » ⁽⁷⁾. Tanto oggi come ai tempi di Kelsen « tra gli argomenti [...] addotti contro il parlamentarismo » figura « la 'scoperta' che la volontà statale creata dal parlamento non è affatto la volontà del popolo » ⁽⁸⁾. Questa discrasia tra volontà popolare e rappresentanza parlamentare è espressa dai cartelli che, nelle attuali manifestazioni, delegittimano i parlamentari: « Non ci rappresentate ». Infatti i parlamenti sembrano rappresentare sempre meno i cittadini, perché le leggi elettorali rendono sempre meno diretto il rapporto fra l'elettorato e gli eletti: premi di maggioranza, liste bloccate e — molto discusse negli ultimi tempi — soglie di sbarramento che escludono una parte dell'elettorato dalla rappresentanza politica.

3. *Rappresentanza e soglie di sbarramento, oggi*

Proprio sulle soglie di sbarramento si è — momentaneamente — concluso in Germania un lungo dibattito, il cui oggetto è, in ultima analisi, la rappresentatività dei parlamenti ⁽⁹⁾. Tuttavia la conclusione cui è giunta di recente la Corte costituzionale tedesca non è di certo definitiva, perché la sua decisione ha già suscitato numerose critiche. L'attualità della contrapposizione tra Kelsen e Volpicelli, cioè tra parlamentarismo e corporativismo, sembra ritornare in questo dibattito tedesco. Ci si chiede infatti: il parlamento deve rappresentare tutta la

⁽⁶⁾ KELSEN, *Intorno alla natura e al valore della democrazia* [1920], in KELSEN, VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo* (1930), cit., pp. 171. La stessa posizione si ritrova nell'introduzione alla seconda edizione (1929).

⁽⁷⁾ KELSEN, *Il problema del parlamentarismo* [1929], in KELSEN, VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo* (1930), cit., p. 142.

⁽⁸⁾ *Ivi*, p. 143 e s.

⁽⁹⁾ Un quadro generale delle soglie di sbarramento nel diritto elettorale tedesco è in Ulrich WENNER, *Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt a.M. *et al.*, Lang, 1986, XXXII-418 pp.

società o i suoi gruppi più consistenti? Le soglie di sbarramento distorcono la rappresentatività parlamentare o sono invece necessarie per il funzionamento del parlamento? Sono esse una salutare correzione del parlamentarismo o piuttosto la sua negazione? In Germania la Corte Costituzionale ha dovuto rispondere a questi interrogativi sull'onda di un contrasto che si andava inasprendo di anno in anno.

Gli argomenti a favore o contro questa limitazione della rappresentanza si possono sintetizzare in pochi punti. Poiché la maggioranza parlamentare sostiene il governo con la sua fiducia, l'eccessiva frammentazione dei partiti ostacola la « governabilità » (termine sempre più frequente nel dibattito politico recente): quindi la soglia di sbarramento garantisce la stabilità dei governi. Contro la soglia di sbarramento si obietta che essa esclude una parte dei votanti: quindi è incompatibile col sistema proporzionale ed è, in realtà, lo strumento dei grandi partiti per conservare una posizione parlamentare dominante.

La frammentazione dei partiti può essere arginata senza ricorrere a misure radicali come lo sbarramento. Nel 1929 Kelsen additava nella coalizione la soluzione per rappresentare in parlamento anche i partiti (troppo) piccoli. Oggi si propone di attribuire all'elettore, accanto a un voto principale, un voto sostitutivo ⁽¹⁰⁾ che diviene effettivo soltanto se il partito indicato dal voto principale non supera la soglia di sbarramento ⁽¹¹⁾. Adottando questa soglia, invece, il prezzo che si paga per la stabilità è l'esclusione di una parte dell'elettorato dalla rappresentanza, con la conseguente distorsione dei comportamenti elettorali: astensione, voto di ripiego su partiti che verosimilmente supereranno la soglia, ovvero confluenza in movimenti extrapartitici. Tutti questi temi sono ritornati nel dibattito tedesco degli ultimi anni.

La costituzione di Weimar del 1919 non conteneva una clausola di sbarramento e a questa assenza venne spesso ricondotta la debolezza di quel parlamento, inceppato dai contrasti di 17 partiti ⁽¹²⁾. Sotto la costituzione federale del 1949 (Grundgesetz), la legge elettorale tedesca introdusse la clausola di sbarramento del 5% per le elezioni al Bundestag ⁽¹³⁾. Si può dire che da quel momento iniziò il dibattito sulla clausola di sbarramento, che culminò nel 2014 con la sua abolizione da parte della Corte Costituzionale.

⁽¹⁰⁾ Questa « seconda preferenza » non trova applicazione in Germania, nonostante la pluralità di nomi che la designano (Alternativstimme, Ersatzstimme, Hilfsstimme).

⁽¹¹⁾ Horst MEIER, *Protestfreie Zonen? Variationen über Bürgerrechte und Politik*, Berlin, BWV, 2012, p. 290 e ss.

⁽¹²⁾ Michael ANTONI, *Grundgesetz und Sperrklausel. 30 Jahre 5%-Quorum: Lebte aus Weimar?*, in « Zeitschrift für Parlamentsfragen », 11 (1980), 1, pp. 93-109.

⁽¹³⁾ Bundeswahlgesetz, § 6, comma 3. Eccezioni sono previste per i partiti presenti in parlamento da almeno tre mandati e per i partiti delle minoranze linguistiche.

In un primo tempo la Corte Costituzionale ritenne legittima questa clausola, stabilendo però che « la compatibilità d'una clausola di sbarramento con il principio dell'eguaglianza nell'elezione non può essere valutata astrattamente in via definitiva »⁽¹⁴⁾, ma va valutata nel contesto concreto. Infatti alcuni *Länder* finirono per abolirla.

Nel 1979 la Germania emanò una legge elettorale per il parlamento europeo (legge modificata nel 1994 e nel 2011) che, nella versione del 1994, prevedeva una clausola di sbarramento del 5%. Nella sentenza del 9 novembre 2011 questa clausola venne dichiarata incostituzionale⁽¹⁵⁾, adducendo la ragione che il Parlamento Europeo è diverso dal Bundestag in quanto elegge il presidente della Commissione Europea su proposta del Consiglio d'Europa, ma non esprime un governo a sua volta soggetto alla fiducia di quel parlamento. « Dati gli attuali rapporti giuridici e fattuali, — si legge nella sentenza, — non è giustificabile il grave attacco ai principi della parità elettorale e dell'eguaglianza di possibilità dei partiti politici, insito nella soglia di sbarramento del cinque per cento »⁽¹⁶⁾.

Infatti le potenziali difficoltà create dai piccoli partiti nel parlamento nazionale non possono sorgere nel parlamento europeo che non esprime un governo: perciò in esso tutti i cittadini devono trovare una loro rappresentanza, anche attraverso i piccoli partiti. Con la soglia di sbarramento, nelle elezioni europee del 2009 circa tre milioni di elettori tedeschi non vennero rappresentati. Infine, nel parlamento europeo sono presenti 162 partiti, che sarebbero stati 169 se in Germania non ci fosse stato lo sbarramento del 5%: quest'ultimo, quindi, si rivela di fatto irrilevante per la struttura del parlamento europeo.

Però già l'anno dopo, alla fine del 2012, i grandi partiti e lo stesso Parlamento europeo chiedevano l'introduzione di uno sbarramento del 3% nelle elezioni europee.

Questa polemica venne rinfocolata dalle elezioni nazionali tedesche del settembre 2013, nelle quali la clausola del 5% ancora in vigore portò ad escludere la rappresentanza di oltre il 15% degli elettori tedeschi, fra cui quelli del tradizionale « Partito Liberaldemocratico » (FDP) e quelli del nuovo partito della destra estrema e antieuropeista

⁽¹⁴⁾ Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 82, 322, del 29 settembre 1990.

⁽¹⁵⁾ Giacomo DELLEDONNE, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'illegittimità costituzionale della soglia di sbarramento per le elezioni europee*, in « Quaderni costituzionali », 32 (2012), 1, pp. 137-140.

⁽¹⁶⁾ Così la massima (*Leitsatz*) della sentenza BVerfG. 2 BvC 4/10 del 9 novembre 2011, con le opinioni dissenzienti dei giudici Udo Di Fabio e Rudolf Mellinghoff.

« Alternative für Deutschland » (AfD) ⁽¹⁷⁾. Intanto, nel giugno del 2013, il Bundestag — quasi per reazione all'abolizione della soglia del 5%, come se si trattasse d'una questione di statistica, e non di principio — aveva introdotto uno sbarramento del 3% per le elezioni europee, contro il quale alcuni partiti minori e un gruppo di cittadini riuniti nell'associazione « Mehr Demokratie e.V. » presentarono subito ricorso alla Corte Costituzionale.

Quest'ultima — con la sentenza del 26 febbraio 2014, che si richiama a quella del 2011 già ricordata — dichiarò che lo sbarramento non può essere introdotto senza una ragione « cogente » (*zwingend*) e, inoltre, che non riscontrava questa ragione cogente nell'elezione europea: anche lo sbarramento del 3% venne quindi dichiarato incostituzionale ⁽¹⁸⁾. Di conseguenza, la Germania affronterà senza clausola di sbarramento le elezioni europee del maggio 2014.

Subito si è aperta una vivace discussione ⁽¹⁹⁾, perché — se la Corte applicasse coerentemente il *principio generale* dell'incostituzionalità di ogni sbarramento elettorale — l'abolizione della soglia anche a livello nazionale porterebbe nel parlamento i piccoli partiti finora esclusi, fra cui il temuto partito neonazista NPD. Subito si criticò il « purismo egualitario » della Corte che, « con le sue sentenze sul diritto elettorale, si è spostata su un terreno che in altri Stati, a ragione, è riservato al legislatore ». La soglia di sbarramento sarebbe infatti « un esame di maturità »: « non ogni piccolo partito l'ha superato, ed è perciò caduto nell'oblio » ⁽²⁰⁾. La sentenza venne interpretata anche come una sottovalutazione del parlamento europeo rispetto a quelli nazionali: in esso « una riproduzione quanto più precisa possibile della volontà degli elettori è più importante della formazione d'una maggioranza » ⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ In valori assoluti, su circa 62 milioni di aventi diritto al voto, circa 9 milioni di voti andarono perduti. Per la prima volta, meno del 60% degli aventi diritto erano rappresentati in parlamento (http://de.wikipedia.org/wiki/Bundestagswahl_2013).

⁽¹⁸⁾ Rainer WERNSMANN, *Verfassungsfragen der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht*, in « Juristenzeitung », 69 (2014), 1, pp. 23-28.

⁽¹⁹⁾ Nel giorno successivo alla sentenza i due principali giornali tedeschi, oltre agli articoli qui citati, pubblicarono anche: *Karlsruhe: Dreiprozentbürde verfassungswidrig*, in « Frankfurter Allgemeine Zeitung », 27 febbraio 2014, p. 1; Nikolai BUSSE, *Zersplitterung und Totalopposition*, p. 2; Reinhard MÜLLER, *Karlsruhe Mehrheit für Brüsseler Minderbeitsschutz*, p. 2; Johannes LEITHÄUSER, *Der Jubel der Zersplittergruppen*, p. 3. Inoltre *Karlsruhe kippt Drei-Prozent-Klausel*, in « Süddeutsche Zeitung », 27 febbraio 2014, p. 1; Wolfgang JANISCH, *Lavieren auf hohem Niveau*, p. 2.

⁽²⁰⁾ Günther NONNENMACHER, *Was Sache der Karlsruher Richter ist*, in « Frankfurter Allgemeine Zeitung », 27 febbraio 2014, p. 1.

⁽²¹⁾ Nico FRIED, *Ein Urteil gegen Europa*, in « Süddeutsche Zeitung », 27 febbraio 2014, p. 4.

In questo dibattito sulla rappresentatività del parlamento Kelsen si sarebbe schierato contro il « purismo egualitario » della Corte Costituzionale tedesca, perché per lui non si può legittimare il parlamentarismo soltanto « col principio della sovranità popolare », cioè partendo soltanto « dall'idea di libertà ». Senza « ricorrere alla finzione della rappresentanza », il parlamentarismo ha valore « come specifico mezzo tecnico sociale per la creazione dell'ordinamento statale » (22). Nel 1925 Kelsen guardava dunque con realismo all'istituto parlamentare, che riteneva da migliorare ma non — come Volpicelli — da abolire. Definiva perciò il parlamentarismo come la « formazione della volontà normativa dello Stato mediante un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale e uguale per tutti, cioè dunque democraticamente, secondo il principio della maggioranza » (23). Questa visione del parlamento è entrata nelle costituzioni democratiche post-belliche, ma sta subendo progressive restrizioni con le liste bloccate, i premi di maggioranza e le soglie di sbarramento. Il dibattito è aperto e gli argomenti di Kelsen sono in buona parte ancora validi.

(22) KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 144.

(23) Ivi, p. 141.

Discussione sul volume

Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti, a cura di Marcello Pedrazzoli, Milano, Franco Angeli, 2014

SILVANA SCIARRA

Ci sono molti motivi di orgoglio per me nel presentare il libro, curato da Marcello Pedrazzoli, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*. Il primo ha a che fare con il luogo in cui si svolge la presentazione, il Centro per la storia del pensiero giuridico moderno, un luogo-simbolo per l'Università di Firenze. In queste stanze si respira l'aria di un confronto accademico non formale, denso di stimoli interdisciplinari e di tensioni argomentative. Il Centro riesce a preservare, con il passare del tempo, lo stile inconfondibile del fondatore, Paolo Grossi, del quale riecheggia l'insegnamento, per amplificare l'azione propulsiva della ricerca.

Nella mia personale esperienza il Centro si arricchisce ancor più per la presenza di due cari amici e colleghi, entrambi promotori dell'incontro di oggi: Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta. Il primo è Direttore del Centro, oltre che della Scuola di giurisprudenza, il secondo è Direttore dei «Quaderni fiorentini», ma anche attento conoscitore del diritto del lavoro italiano e comparato. A loro sono molto grata per aver attratto nel raggio dei loro ampi interessi di ricerca un dibattito fra giuristi del lavoro incentrato sulla disciplina dei licenziamenti, a seguito delle recenti riforme che hanno visto la luce in molti paesi europei.

Il secondo motivo di orgoglio riguarda la collocazione del libro nella collana 'Diritto del lavoro nei sistemi giuridici nazionali, integrati e transnazionali' così ri-denominata nella sua nuova veste, per proseguire l'esperienza della collana fondata da Giuseppe Pera. Essa è ora affidata dall'editore Franco Angeli alla direzione di Franco Liso, Luca Nogler e di chi scrive. L'orgoglio, che condivido con i co-direttori, è di aver pubblicato un libro scritto con rigore e con padronanza del metodo comparato, frutto di una ricerca accurata, che accresce le ambizioni della nuova collana, aperta a cogliere i nessi fra sistemi di norme e a valorizzare il dinamismo che tali collegamenti imprimono allo studio degli ordinamenti nazionali.

Sotto l'abile guida del curatore, che è anche autore di un ampio saggio di sintesi e di comparazione, si muove una squadra intergenera-

zionale di autori, che propongono contributi originali, sia nel metodo prescelto, sia nei temi selezionati. Agli autori più giovani è affidata la redazione di studi su alcuni ordinamenti (Francia, Germania, Gran Bretagna, Portogallo, Spagna), scritti seguendo una griglia comune, corredata da un paragrafo finale, che dà conto di alcuni dati economici e statistici, riferiti al paese considerato. A altri autori sono affidati saggi di taglio diverso, che ripercorrono la sofferta storia della riforma italiana Monti-Fornero (Del Punta), o affrontano aspetti specifici legati alla comparazione e alle 'strategie argomentative' (Nogler), o ancora si soffermano sul controllo giudiziario sui licenziamenti economici (Perulli).

Scrivendo Pedrazzoli che 'comparare' nell'impostazione della ricerca da lui stesso coordinata, « ha semplicemente lo scopo di attingere conoscenze che consentono di affrontare in un modo più congruo il problema » (p. 294). Vi è piena consapevolezza del fatto che né la circolazione dei modelli giuridici né l'imitazione di altri ordinamenti si prestano a facilitare la comprensione di un fenomeno complesso. Il dibattito italiano ha bisogno di allentare le tensioni che hanno contraddistinto alcuni passaggi e di riflettere criticamente sul futuro. La scelta metodologicamente più oculata è dunque quella della ricerca di equivalenti funzionali in ordinamenti europei diversi per storia e tradizione giuridica, e tuttavia comparabili con l'ordinamento italiano quanto agli obiettivi che i legislatori nazionali si sono proposti di raggiungere.

Nogler rifiuta nella sua impostazione una 'a-storica teoria generale', che, in assenza di dati empirici comparabili, potrebbe rivelarsi fuorviante (p. 226) e Perulli mette in guardia dalla 'nuova tirannia dei valori economici' (p. 282), a fronte di un'analisi comparata che si vuole sempre più contestualizzata e riferita alla concreta sostenibilità delle conseguenze sociali legate all'esercizio delle scelte economiche da parte dei datori di lavoro. Il controllo del giudice nazionale non può non tenere conto di questa delicata linea di confine, che coincide con il canone della compatibilità. Sempre più spesso il controllo del giudice nazionale è affiancato da controlli esterni di compatibilità, come accaduto, ad esempio, in Francia, con il richiamo agli standard internazionali contenuti nelle fonti dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), nel valutare leggi intese a promuovere un incremento dell'occupazione.

Poiché il riferimento alle fonti internazionali è divenuto sempre più frequente nei paesi europei interessati in modo drammatico dagli effetti della crisi economica, c'è da chiedersi se non debba essere rivista la nozione stessa di controllo esterno e non si debba invece considerare la continua permeabilità degli ordinamenti nazionali alle infiltrazioni del diritto sovranazionale e internazionale. I *linkages* fra sistemi di norme funzionano sempre più come rinvii a fonti fra sé vicine e in ogni caso compenetrabili.

Si è detto della difficoltà di comparare le discipline nazionali sui licenziamenti per l'assenza di indicatori comuni e condivisi. L'Italia, tradizionalmente riluttante alla raccolta sistematica di dati, non dispone, per quanto è dato sapere, di rilevazioni periodiche sui licenziamenti, anche se l'ISFOL, incaricato insieme a altri soggetti del sistema statistico nazionale di provvedere al monitoraggio della legge Monti-Fornero (art. 1 c. 2 L. 92/2012), si sta attrezzando in tal senso. Servirebbe forse una più spinta sinergia con il Ministero della giustizia, dal cui sistema di archiviazione delle decisioni dovrebbero emergere informazioni complete sul contenzioso in materia di licenziamenti.

Un recente tentativo di riflessione sul primo impatto della riforma, si basa sul reperimento delle decisioni disponibili « rese dai giudici del lavoro in materia e pubblicamente accessibili (175 provvedimenti in tutto) e dalle linee guida interpretative sul nuovo rito adottate da 4 sedi giudiziarie » (C. Giorgiantonio, *Riforma del mercato del lavoro e giudizi sui licenziamenti individuali: "prime evidenze"* — WP CSDL Massimo D'Antona 210/2014, p. 2 <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>). Il tentativo, proposto da una ricercatrice della Banca d'Italia che non impegna nelle sue affermazioni l'istituzione di appartenenza, è ambizioso, poiché cerca di applicare le tipologie di recesso ai fini di una catalogazione delle decisioni e dunque, in ultima analisi, di una valutazione circa l'efficienza della legge. Tuttavia l'analisi proposta non è scevra di giudizi di valore, che mal si combinano con quello che dovrebbe essere un esercizio di monitoraggio obiettivo.

Si legge, ad esempio, che vi sarebbe una riduzione della tutela che comporta la reintegrazione, ma solo con riferimento ai licenziamenti intimati per giustificato motivo oggettivo. Ci sarebbe poi un ampliamento dei casi in cui si chiede l'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento, ma, si aggiunge, che la « complessa attività istruttoria da parte del giudice per appurarne la fondatezza o meno (in termini sia di analisi documentale, sia di assunzione di testimonianze) » potrebbe comportare un « aggravio della procedura anche in termini di durata » (p. 12). Ma questo è un male, se si discute della tutela di diritti fondamentali della persona? Si prende atto delle molte divergenze esistenti in sede interpretativa e si conferma che potrebbe realizzarsi una riduzione « a macchia di leopardo dell'area della tutela reale » con la conseguenza di « alimentare l'incertezza per aziende e lavoratori e — quindi — anche il contenzioso, in un ambito quale quello giuslavoristico che ne è già fortemente interessato » (p. 15). Queste affermazioni poco rassicuranti, anche perché sostanzialmente generiche, confermano il disagio che attraversa la dottrina e la giurisprudenza, al di là da qualunque pre-giudizio sulla riforma Monti-Fornero. Altre indagini conoscitive dovrebbero essere promosse e inserite in una valutazione complessiva della legge Monti-Fornero.

L'osservazione critica deve opportunamente prendere altre direzioni. Occorre chiedersi come il tema della flessibilità in uscita entri

nello spettro delle rilevazioni e delle proiezioni della Banca Mondiale e della Banca Centrale dell'UE. Nogler richiama i rilievi mossi alla Banca Mondiale da altre organizzazioni internazionali, quanto ai metodi di misurazione della rigidità nei rapporti di lavoro e sottolinea in modo condivisibile la lontananza di questo confronto dal dibattito, talvolta asfittico, proposto dai giuslavoristi a livello nazionale (p. 222). È nota — ma dovrebbe esserlo ancora di più — la diversa impostazione seguita dall'OCSE, che include fra i parametri di riferimento anche le disfunzioni dei sistemi giudiziari e la lentezza dei processi. Tuttavia, anche in queste rilevazioni si riscontrano carenze gravi nel cogliere i flussi che emergono direttamente dalla giurisprudenza. Insomma, come scrive argutamente Pedrazzoli « bere un bicchiere di vino rosso al giorno si dice faccia bene al cuore. È possibile dimostrare o smentire ciò con evidenza empirica? » (p. 338).

Se volgiamo lo sguardo ai richiami della Commissione europea indirizzati recentemente all'Italia, scopriamo che, secondo le stime di quella istituzione, il sistema giudiziario è compromesso soprattutto dall'inefficienza della pubblica amministrazione. Il riferimento ai dati della Banca Mondiale, in questo caso, riguarda gli indicatori negativi sul contesto imprenditoriale italiano. Verrebbe da dire: a ciascuno il suo fardello, da portare non senza fatica in questa difficile congiuntura economica e istituzionale. Nello stesso documento si rileva, infatti, che l'Italia non ha pienamente osservato le precedenti raccomandazioni, inviate nel 2013, relative alla riforma dei servizi per l'impiego, dell'istruzione e della formazione professionale e del contrasto all'abbandono scolastico. È superfluo evidenziare la stretta interconnessione delle riforme che, a vario titolo, servono a sbloccare situazioni di stallo occupazionale. (Valutazione del programma nazionale di riforma e del programma di stabilità 2014 dell'ITALIA, Raccomandazione di Raccomandazione del Consiglio, 2 giugno 2014, SWD(2014) 413 final).

C'è poi da considerare un altro aspetto che riguarda la BCE, con riferimento a alcuni paesi della zona euro. L'Italia e la Spagna sono state destinatarie di un'insolita corrispondenza, nel pieno svolgersi della crisi economica. L'invio irrituale di 'lettere' ai governi nazionali ha avuto l'intento di segnalare con urgenza in quali campi avrebbe dovuto tempestivamente intervenire il legislatore. Fra tutti, con intuibile priorità per le riforme da promuovere nel mercato del lavoro, si richiedono interventi per la flessibilità in entrata e in uscita, anche se non mancano i richiami a altre misure, ad esempio all'incremento della produttività attraverso l'ampliamento della contrattazione collettiva decentrata. Si tratta di strumenti controversi per esercitare pressione sui governi, non accompagnati da efficienti tecniche di misurazione delle scelte concretamente poste in essere dai legislatori. Non è un caso che si assista con regolarità a un continuo rilancio dei temi relativi alla flessibilità in uscita da parte delle organizzazioni imprenditoriali, senza ampliare l'osservazione su misure parallele.

La disciplina dei licenziamenti, così come emerge dall'analisi comparata svolta nel libro curato da Pedrazzoli, deve essere inquadrata nel più ampio scenario del ridimensionamento degli stati sociali. Quella che, in un diverso contesto fu definita la 'crisi fiscale' degli stati, è oggi crisi di equilibrio fra le priorità, nel rispetto di parametri europei e globali. Il recente Rapporto dell'OIL sulla protezione sociale dimostra un preoccupante abbassamento delle soglie di eleggibilità nell'accesso ai trattamenti di disoccupazione e un espandersi della povertà, spesso collegata a regimi di bassi salari. (ILO, World Social Protection Report 2014/15, Geneva 2014). Le riflessioni dei giuristi del lavoro non possono eludere questo drammatico quadro di riferimento quando discutono della disciplina dei licenziamenti. Il libro curato da Pedrazzoli predispose un terreno solido su cui esercitarsi per ri-equilibrare gli sforzi degli interpreti e ri-educare ciascuno di noi all'ascolto, una pratica essenziale per chi usa sapientemente il metodo comparato.

GIOVANNI ORLANDINI

ANOMALIE VERE E PRESUNTE DELLA DISCIPLINA
DEL LICENZIAMENTO IN ITALIA: QUALCHE SPUNTO
DI DIRITTO COMPARATO ED INTERNAZIONALE

Quando si parla di comparazione tra diversi ordinamenti giuridici aleggia inevitabilmente il fantasma di Kahn Freund, con il suo monito sull'abuso del metodo comparato. Questo monito è da prendere particolarmente sul serio se la comparazione investe un tema come quello delle discipline del licenziamento, visto che a comporre in un sistema nazionale il quadro complessivo delle tutele del lavoratore che ha perso l'occupazione concorrono non solo le specifiche regole che limitano il potere di recesso datoriale, ma anche istituti giuridici e strumenti di protezione sociale diversi ed esterni ad esse; le « *determinanti ulteriori* », come le definisce Marcello Pedrazzoli nel saggio conclusivo del volume da lui stesso curato.

Se questo è vero, proprio del volume in questione sarebbe stata quanto mai utile la pubblicazione prima del varo della legge n. 92/2012, considerando l'uso strumentale che del diritto comparato è stato fatto nel dibattito che l'ha preceduta. I diversi modelli di tutela del lavoratore licenziato presenti nell'UE sono serviti ai fautori della riforma per perseguire un obiettivo politico: il depotenziamento del regime sanzionatorio (all'epoca) vigente, visto come fattore di costi eccessivi per il sistema produttivo italiano. Quest'obiettivo è stato raggiunto da una parte ingigantendo la (presunta) anomalia costituita dal regime di tutela reale previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, diventato (agli occhi dell'opinione pubblica) una sorta di *monstrum* giuridico privo di

equivalenti tra i paesi civili. Dall'altra, sminuendo o ignorando le ulteriori — tante — anomalie che in Italia caratterizzano il sistema complessivo di tutela del lavoratore in caso di licenziamento, rispetto agli altri presenti nell'UE; anomalie che tale sistema indeboliscono sostanzialmente, al punto da farlo collocare tra quelli con il più basso grado di 'rigidità' secondo gli indici dell'OCSE.

L'elenco di tali anomalie è lungo, anche limitandosi a quelle più eclatanti. Basti pensare al sistema degli ammortizzatori sociali, che resta disorganico e lacunoso anche dopo il varo dell'ASpI; alla segmentazione del mercato del lavoro, con quasi la metà dei lavoratori dipendenti esclusi dall'ambito di applicazione della norma statutaria e quindi destinatari di una tutela indennitaria tra le più basse in Europa; all'assenza di una tutela generalizzata in caso di licenziamento economico, a prescindere dalla sua illegittimità (il che ingigantisce il problema dell'accertamento della stessa); alla disciplina del contratto a termine, la cui totale liberalizzazione operata dalla legge n. 78/2014 riduce drasticamente l'impatto della normativa sul licenziamento, di fatto eludibile per i primi 3 anni di rapporto dei neo-assunti; e poi, naturalmente, c'è il problema dell'abnorme durata dei processi, principale causa del lievitare dei costi per le imprese. E si potrebbe continuare.

Tutti questi profili di debolezza del sistema italiano sono stati oscurati dall'anomalia costituita dall'art. 18 dello Statuto; anomalia presunta, perché frutto di una comparazione condotta appunto in maniera strumentale e superficiale.

Ciò che poteva rappresentare un elemento di maggior 'rigidità' (cioè di tutela particolarmente forte) del nostro sistema rispetto a molti (ma non a tutti) tra gli altri ordinamenti europei, era il modo automatico e inderogabile con cui la sanzione reintegratoria veniva applicata. Rigidità per altro tale assai più nella forma che nella sostanza, posta la mancanza nel nostro ordinamento di strumenti processuali, altrove presenti, che garantiscano l'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione del giudice. Ma certo non era come non è comunque sostenibile che il regime della tutela reale fosse 'in sé' una caratteristica peculiare ed esclusiva del nostro ordinamento. Non è cioè sostenibile che tutti i paesi europei fondino il loro regime di licenziamento (per usare la terminologia utilizzata da Pietro Ichino) sulla *liability rule* (cioè sulla tutela indennitaria) e solo l'Italia sulla *property rule* (cioè sulla tutela in forma specifica), perché è piuttosto vero il contrario. Solo il Belgio, il Lussemburgo e la Finlandia riconoscono al lavoratore il diritto all'indennizzo come unica forma di tutela in caso di licenziamento illegittimo; tre Paesi, tra l'altro, che garantiscono a chi è privo di occupazione forti ed universali misure di sostegno del reddito ed efficienti servizi per la sua ricollocazione nel mercato del lavoro.

Sul piano dell'applicazione pratica della tutela reale certo, come detto, il quadro è complesso e composito, ma il principio di fondo per cui un licenziamento illegittimo è inefficace, quindi improduttivo di

effetti, è largamente diffuso negli ordinamenti europei. E ciò grazie alle riforme che hanno contrassegnato la fase di piena maturazione dei sistemi di diritto del lavoro nazionali, a partire da quella tedesca del 1951. S'intende dire che proprio l'aver posto la *property rule* ad argine del potere datoriale ed a presidio del diritto al lavoro del lavoratore ha rappresentato un passaggio fondamentale nella costruzione del c.d. modello sociale europeo.

Tanto meno anomalo sarebbe apparso il meccanismo sanzionatorio dell'art. 18 se si fosse tenuto conto degli standard deducibili dalle fonti internazionali di diritto del lavoro, ovvero dell'art. 24 della Carta sociale europea riveduta nel 1996 e della Convenzione OIL n. 158 del 1982. Dalla 'giurisprudenza' degli organi di controllo deputati a vigilare sul rispetto di tali fonti internazionali (rispettivamente, il Comitato europeo dei diritti sociali ed il Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni dell'OIL) emerge come la reintegrazione (*reinstatement*) costituisca la 'naturale' conseguenza dell'illegittimità di un licenziamento e debba essere prevista per lo meno come un possibile esito del giudizio teso ad accertarla. Tant'è che, nell'ultimo ciclo di valutazione del Comitato europeo dei diritti sociali (del 2012), la Finlandia ha subito una censura per violazione dell'art. 24 della Carta proprio perché il proprio ordinamento non contempla la possibilità per il lavoratore ingiustamente licenziato di ottenere un ordine di reintegrazione da parte del giudice.

Sia la Convenzione OIL 158/82 sia la Carta sociale europea ammettono la tutela indennitaria in sostituzione di quella reale, ma solo a condizione che la prima sia adeguata ovvero equiparabile alla seconda; ciò sia sul piano del ristoro del pregiudizio subito dal lavoratore sia sul piano dell'effetto di deterrenza che, necessariamente, la sanzione deve produrre nei confronti dei comportamenti del datore. Il che, per altro, è coerente con i principi di diritto eurunitario relativi all'efficacia ed effettività delle sanzioni.

L'ordinamento dell'UE, d'altra parte, recepisce questi principi di diritto internazionale, se è vero che l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE « *si ispira all'art. 24 della Carta sociale europea* », come ricordano le Spiegazioni alla Carta medesima. Il che permette di colmare l'apparente lacuna di quell'articolo, il quale, pur riconoscendo espressamente il diritto del lavoratore a non essere licenziato senza giustificazione, non specifica quali conseguenze debbano derivare dalla sua violazione. E che sia così lo conferma la giurisprudenza del Tribunale della funzione pubblica (competente sulle cause di lavoro dei dipendenti delle istituzioni europee), dalla quale si ricava come sia proprio la tutela in forma specifica a costituire il riferimento obbligato per identificare la sanzione da associare al licenziamento ingiustificato. Le parole dei giudici europei a riguardo si fondano su principi consolidati del diritto dell'UE, in quanto tali pacificamente applicabili anche ad un atto di recesso illegittimo: « *L'annullamento di un atto da parte del*

giudice comporta l'eliminazione retroattiva di tale atto dall'ordinamento giuridico. Quando all'atto annullato è già stata data esecuzione, l'eliminazione dei suoi effetti impone di ristabilire la situazione giuridica nella quale la parte ricorrente si trovava precedentemente all'adozione dello stesso » (così il Tribunale della funzione pubblica nella sentenza *Landgren* del 26.10.2006, causa T-1/05, ai punti 92-93, relativa appunto ad un licenziamento di una funzionaria dell'UE).

È vero che, come noto, le istituzioni politiche dell'UE, negli anni successivi al deflagrare della crisi economico-finanziaria, hanno indotto gli Stati membri ad adottare riforme del mercato del lavoro tese a depotenziare le tutele per il licenziamento; ciò sia attraverso le raccomandazioni adottate nell'ambito del Semestre europeo (come nel caso dell'Italia), sia attraverso le ben più stringenti indicazioni contenute nei *Memoranda of Understanding* indirizzati ai paesi beneficiari di aiuti finanziari (come la Grecia o il Portogallo). Ma questo non è altro che la prova di come esista un sempre più evidente problema di coerenza tra politiche economiche e per l'occupazione promosse dall'UE e standard internazionali di diritto del lavoro (e più in generale, tra quelle politiche e la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori). Conferma di ciò si ricava, di nuovo, dall'ultimo ciclo di valutazione del Comitato europeo dei diritti sociali relativo all'art. 24 della Carta sociale, dal quale nessuno tra gli Stati monitorati è uscito indenne, senza cioè una censura per violazione dei vincoli posti dalla norma. Eppure, in presenza di un così clamoroso problema di debolezza dei regimi di tutela nazionali, accertato dall'organismo competente del Consiglio d'Europa, le istituzioni dell'UE continuano a chiedere agli Stati membri di aumentare la flessibilità in uscita come ricetta per recuperare la competitività perduta sui mercati internazionali.

Leggendo la riforma del 2012 alla luce di questo quadro di diritto comparato ed internazionale, si rafforza la convinzione che con essa non solo non siano state risolte le molteplici problematiche che affliggono il sistema italiano di protezione del lavoratore licenziato, ma si siano accentuati i profili di anomalia di tale sistema anche con riferimento al regime sanzionatorio. E ciò per il modo affatto singolare (per non dire cervelotico) con cui si è proceduto a 'spacchettare' il regime delle tutele, graduandolo in ragione dei motivi del licenziamento; un modo che, non a caso, costituisce un *unicum* assoluto in Europa e forse — a quanto mi consta — nel mondo. Pedrazzoli identifica puntualmente in questo il tratto caratterizzante del nuovo regime sanzionatorio: l'aver configurato un « *peculiare sistema dualistico di tutele forti, pur conservando un sistema monistico* ». Ed è proprio qui che si coglie l'anomalia ed il vizio di fondo del nuovo art. 18 dello Statuto, rispetto agli altri ordinamenti europei.

Pur nell'estrema eterogeneità del quadro comparato, si può a ragione ricondurre i diversi regimi nazionali a due modelli, appunto definibili come 'dualistico' e 'monistico'. Nel primo si distingue tra

licenziamenti illeciti (perché discriminatori o lesivi di diritti fondamentali del lavoratore) e licenziamenti privi di giustificazione, associando solo ai primi la tutela reale e riservando ai secondi quella meramente indennitaria (è il caso della Francia o della Spagna). Nel secondo, la reintegra costituisce il possibile sbocco di qualsiasi licenziamento illegittimo, ma al giudice è attribuito il potere di valutare che questa è 'di fatto' inapplicabile nello specifico contesto lavorativo e di conseguenza riconoscere la tutela indennitaria (è il caso della Germania o del Regno Unito). Naturalmente rientrano in questo modello anche i sistemi che negano tale potere al giudice, configurando la tutela reale come automatica e ineludibile (secondo il meccanismo del 'vecchio' art. 18, ancora presente ad es. in Portogallo e nella Repubblica Ceca).

Come ben chiarisce Luca Nogler nel suo contributo, nei sistemi riconducibili al modello monistico la scelta tra indennizzo e reintegra (quando è possibile) dipende da una valutazione sugli effetti della reintegra, ovvero sulla sua praticabilità in concreto, e mai sulla « *ragione che determina l'illegittimità del licenziamento* ». In nessun ordinamento cioè si differenzia il regime sanzionatorio in ragione dei motivi addotti dal datore per licenziare (disciplinari o economici) e tanto meno si fa dipendere il tipo di sanzione da applicare dal grado d'insussistenza delle cause di giustificazione, 'qualificata' o 'manifesta' a seconda se il licenziamento sia stato intimato per giustificato motivo soggettivo o oggettivo; per altro con l'attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità che sfiora l'arbitrio, visto che, nel secondo caso, neppure la 'manifesta insussistenza' gli impone di ordinare la reintegra. E la (logica) scelta degli altri legislatori europei è dettata dalla semplice ragione che un fatto (tanto più se inteso come 'fatto giuridico') o c'è o non c'è. Nel primo caso il licenziamento è legittimo, nel secondo non lo è. E se non lo è, non c'è spazio per modulare gli effetti di tale accertamento, dal momento che la situazione per il lavoratore è identica sia che il datore abbia (infondatamente) invocato ragioni economiche sia che abbia (infondatamente) attivato un procedimento disciplinare; in entrambi i casi il lavoratore si trova di fronte ad un atto del datore privo di giustificazione.

A monte dell'improvvida scelta del legislatore italiano c'è evidentemente l'intento di perseguire un obiettivo più che sensato, ovvero di differenziare il regime di tutela dei lavoratori licenziati per ragioni economiche da quello previsto per i licenziamenti disciplinari. Ma ignorando gli esempi che vengono dagli altri Stati membri (oltre che le indicazioni degli organismi internazionali), si è finito per dare una risposta sbagliata ad un problema reale.

Giustissimo prevedere una disciplina *ad hoc* per il licenziamento economico, perché in questo caso il recesso non è mai imputabile al lavoratore, neppure se il licenziamento è giustificato. Ma ciò avrebbe dovuto indurre il legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento un indennizzo di carattere generale da erogare sempre in caso di licenzia-

mento economico, a prescindere dall'accertamento circa la sua eventuale illegittimità. Così è ad esempio in Spagna, dove è previsto un indennizzo in caso di « *despido procedente* » (cioè legittimamente fondato su esigenze dell'azienda) ed una sanzione, di importo superiore, in caso di « *despido improcedente* » (cioè se le esigenze dell'azienda risultano essere inesistenti); sanzione, ovviamente, identica a quella prevista in caso in cui il giudice accerti l'illegittimità del licenziamento disciplinare.

Un indennizzo per licenziamento economico nel nostro ordinamento avrebbe trovato un solido fondamento nei principi costituzionali, costituendo un riflesso del bilanciamento tra libertà economica (art. 41) e diritto al lavoro (art. 4). Mentre nessun bilanciamento è configurabile in caso di licenziamento 'economico' illegittimo, perché al diritto al lavoro del lavoratore non si contrappone l'esigenza di tutelare la libertà economica del datore, essendo questa esercitata in violazione di legge. C'è solo da riconoscere il diritto al lavoro ed applicare le conseguenti sanzioni.

Insomma, l'esigenza di differenziare le discipline del licenziamento economico e disciplinare non giustifica in alcun modo una modifica dei regimi sanzionatori, ma piuttosto avrebbe dovuto indurre a rafforzare lo statuto protettivo del lavoratore licenziato 'legittimamente' ma 'incolpevolmente'.

Invece in Italia si è scelta la strada opposta, dando vita ad una disciplina che lascia il lavoratore privo di tutele se licenziato legittimamente e rende residuale la tutela reale se il licenziamento è illegittimo, specie in periodi di crisi nei quali il *fumus* di qualche ragione economica c'è praticamente sempre. Con il risultato per altro di alimentare comportamenti opportunistici del datore, che può essere indotto a licenziare comunque per motivi economici vista la minor probabilità di subire la sanzione della reintegra.

Forse la prossima riforma annunciata dal Governo in carica (il c.d. *Jobs Act*) risolverà questo pasticcio. In caso lo farà, con ogni probabilità, abbracciando il modello dualistico; il che significherebbe lasciare la tutela reale a presidio del solo licenziamento discriminatorio. Si tratterebbe di una soluzione che chi scrive non condivide affatto, ma che, sotto il profilo strettamente giuridico, sarebbe più sensata di quella oggi vigente. L'alternativa è rappresentata dall'adozione del c.d. contratto unico o, meglio, a tutele crescenti, che, lasciando invariata la disciplina esistente, la neutralizzerebbe per i primi 36 mesi di impiego; un'alternativa apparentemente più indolore, ma dall'impatto forse ancor più dirompente specie considerandone gli effetti derivanti dalla sua problematica combinazione con la riforma del contratto a termine.

Certo è che è escluso *a priori* un ritorno al passato. La tutela reale è destinata, se non a scomparire, ad una progressiva marginalizzazione. Ciò non per la necessità di avvicinare il nostro paese agli altri sistemi europei, né tanto meno per perseguire inesistenti e comunque indimo-

strabili finalità occupazionali. Il processo di riforma che ha investito la materia del licenziamento (ma lo stesso può dirsi per l'intero sistema di diritto del lavoro) risponde ad una sola logica, ben sintetizzata dalle parole di Adalberto Perulli: quella della « *semplificazione normativa basata sulla riduzione del diritto ad un sistema di prezzi* ». La monetizzazione dei diritti del lavoro è l'obiettivo delle recenti riforme, in Italia come negli altri paesi dell'UE, perché ciò risponde alle esigenze di certezza e prevedibilità dei costi sociali rivendicate dalle imprese. Un'esigenza più che legittima sul piano della 'razionalità economica', ma che entra inevitabilmente in rotta di collisione con i fondamenti del diritto del lavoro, cioè con l'idea per la quale esistono dei diritti del lavoratore che, proprio in quanto 'fondamentali', sono da tutelare attraverso la garanzia del loro godimento effettivo da parte del titolare.

MARIA TERESA CARINCI

IL LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI ED I SUOI LIMITI ALLA LUCE DELL'ART. 2 COST.

Ho letto e molto apprezzato il volume a cura di Marcello Pedrazzoli non solo per il taglio originale — primo e unico nel suo genere nel panorama italiano — ma anche per la molteplicità di sollecitazioni. Ho deciso di cogliere tra le tante e di soffermarmi su quelle relative alla nozione di licenziamento per motivi economico-organizzativi che è discussa, in particolare, nei bei contributi di Riccardo del Punta ⁽¹⁾ nella prospettiva del diritto italiano, di Adalberto Perulli ⁽²⁾ e di Marcello Pedrazzoli ⁽³⁾ nella prospettiva del diritto comparato. Il tema percorre comunque trasversalmente tutta l'opera ed è affrontato da tutti gli Autori che si occupano dei singoli ordinamenti nazionali.

Il saggio di Adalberto Perulli è particolarmente ricco di suggestioni. Perulli ritiene che in Italia, così come negli ordinamenti ad essa più vicini quali Spagna e Francia, il motivo economico-organizzativo di licenziamento non solo delinea la linea di confine fra ragioni dell'economia e ragioni assiologiche del diritto del lavoro, ma — per come interpretato nel diritto vivente e in virtù del connesso controllo giudiziale — denoti anche che il diritto del lavoro non si è arreso alla sua funzione « *ordinatrice-valoriale* » cedendo alle ragioni dell'economia.

⁽¹⁾ R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, pp. 13-58.

⁽²⁾ A. PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia, Spagna*, pp. 253-284.

⁽³⁾ M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La "flessibilità in uscita" nei paesi europei e la recente riforma italiana*, pp. 285-346.

Pur nel « labirinto » creato dalla legge Fornero (rubo l'espressione a Silvana Sciarra ⁽⁴⁾) rimane però fermo, secondo Perulli, che il giustificato motivo oggettivo di licenziamento sia il segno della presenza di un poderoso sistema di controllo della razionalità economica dell'imprenditore e delle sue scelte di gestione e di come in tali sistemi la logica economica non prevalga affatto sempre e comunque quale criterio di azione a scapito dei valori personali propri del sistema giuridico del diritto del lavoro. Al contrario, la previsione del giustificato motivo oggettivo — che in tali sistemi in virtù della interpretazione implica non solo la necessità di ragioni che legittimano il licenziamento, ma di ragioni dotate di *realità*, *congruità* e *serietà* — mette in luce come le ragioni economiche per prevalere debbano essere dotate di intrinseca razionalità, strumentale e valoriale ⁽⁵⁾. Per Perulli ciò è tanto più chiaro se si pone mente alla proposta relativa al « severance pay » sostenuta in Italia da Pietro Ichino (ovvero l'idea del pagamento di una somma in ogni caso di licenziamento — anche legittimo — in funzione non punitiva, ma compensativa del sacrificio sopportato dal lavoratore per il recesso in sé e per sé considerato, eliminando al contempo il controllo giudiziale) prepotentemente sbilanciata a favore delle ragioni economiche, a scapito di quelle a tutela della dignità del lavoratore. Proposta che non ha avuto seguito: nel nostro sistema infatti l'atto di licenziamento per essere legittimo deve essere sorretto da un giustificato motivo oggettivo, soggetto al controllo del giudice; e ove esso difetti scattano i rimedi previsti dalla legge.

Partendo da queste considerazioni di Perulli mi sono chiesta se davvero le cose stanno così nel sistema italiano. A mio avviso la risposta deve essere negativa.

A mio parere, infatti, già il concetto di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, per come inteso nel diritto vivente, segna, a differenza di quanto scrive Perulli, il sistematico prevalere delle ragioni economico-organizzative del datore di lavoro — purché di ragioni economiche effettivamente si tratti e siano come tali riconoscibili — sull'interesse del lavoratore alla conservazione del posto.

Ciò appare evidente non appena si pone mente al fatto che, com'è noto, i giudici ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento richiedono la sussistenza di tre elementi: a) una modifica organizzativa effettiva; b) un nesso causale fra modifica organizzativa effettuata e mansioni del lavoratore da licenziare, c) il rispetto del cosiddetto obbligo di *repêchage* che denota la non utilizzabilità del lavoratore in mansioni identiche o comunque equiparabili, vacanti al

⁽⁴⁾ S. SCIARRA, *Flessibilità e politiche attive del lavoro — Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in « Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali », 2013, p. 471 e ss.

⁽⁵⁾ PERULLI, *Il controllo*, p. 258.

momento del licenziamento, e che rientrino nella professionalità del lavoratore senza alcuna formazione aggiuntiva a carico del datore di lavoro. Il quadro si completa se si considera che nella maggioranza dei casi — ed anche su questo punto dissenso da Perulli — non è vero che i giudici non ammettono il licenziamento per mero incremento dei profitti, ma solo il licenziamento diretto a fronteggiare situazioni sfavorevoli di crisi non contingenti ⁽⁶⁾.

L'orientamento che ritiene integrato il giustificato motivo oggettivo solo in presenza di situazioni di crisi dell'impresa è infatti assolutamente minoritario. La stragrande maggioranza della giurisprudenza, al contrario, non ritiene rilevanti le ragioni che determinano la riorganizzazione; quello che rileva, invece, è l'effettività della riorganizzazione. Come dire che, secondo l'orientamento prevalente in Italia, il licenziamento per essere legittimo non deve rispondere a ragioni di necessità, ma deve conseguire ad una scelta tecnico-organizzativa effettiva (come tale sempre libera e possibile) del datore di lavoro.

Il nesso di causalità e il c.d. obbligo di *repêchage* si situano sulla stessa linea costituendo solo sfaccettature dello stesso concetto. Essi denotano, infatti — l'uno in positivo e l'altro in negativo — che il licenziamento è la conseguenza della scelta organizzativa (e non di altre ragioni) perché le mansioni del lavoratore non sono più utilizzabili nella struttura organizzativa liberamente scelta dal datore di lavoro (vuoi nella stessa articolazione della struttura, vuoi in altra articolazione). Ecco perché il *repêchage* può essere visto come nesso causale negativo, ossia come riprova che le mansioni del lavoratore non sono più utilizzabili nella struttura organizzativa esistente. Ed ecco perché tutti e tre gli elementi attraverso cui si snoda il controllo del giudice (modifica organizzativa, nesso di causalità e *repêchage*) appartengono alla struttura del concetto di giustificato motivo oggettivo, ossia ne costituiscono la nozione.

Ma se così è, ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo è allora sufficiente qualunque modifica organizzativa, purché effettiva. Il che significa non solo che il nostro ordinamento giuridico prescinde dal controllo di merito sulla scelta organizzativa posta in essere dal datore di lavoro (ovvero prescinde dal controllo sulla opportunità, bontà, proficuità ecc. della scelta organizzativa), ma anche che il giudice *non può apprezzare la proporzionalità e l'entità della modifica organizzativa*. Come dire: la scelta organizzativa nel nostro sistema è sempre libera e insindacabile, purché di scelta organizzativa si tratti. Ma se così è, bisogna concludere che tramite il concetto di giustificato motivo oggettivo l'ordinamento fa prevalere sempre e comunque sull'interesse del lavoratore a mantenere in vita il rapporto di lavoro l'interesse contrapposto del datore di lavoro a

⁽⁶⁾ Ivi, p. 265.

strutturare come meglio crede la propria organizzazione (interesse del resto protetto dall'art. 41 Cost., posto che, per opinione ampiamente condivisa, il principio costituzionale della libertà di impresa include non solo la libertà di azione ma anche la tutela e la protezione dell'organizzazione necessaria per realizzarla).

Ne consegue che la nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento nell'ordinamento italiano non è né graduata né graduabile: o vi è effettivamente una modifica organizzativa (e allora esiste il giustificato motivo oggettivo) o essa non è configurabile (ed allora il giustificato motivo oggettivo non esiste).

Ed è proprio perché l'ordinamento conosce un unico e unitario (e non graduato) concetto di giustificato motivo oggettivo che nascono molti problemi applicativi circa il regime di tutela applicabile *post* Riforma Fornero.

Com'è noto, infatti, l'art. 18 c. 7 St. lav. nella versione attuale prevede due distinte tutele: la tutela reintegratoria debole e quella indennitaria forte a seconda che si verifichi rispettivamente la « manifesta insussistenza » o la semplice « insussistenza » del fatto posto a base del licenziamento. Quanto al « fatto », esso secondo l'interpretazione preferibile, si sostanzia in un « fatto giuridico » (cioè in una fattispecie individuata dall'ordinamento) e non può che risolversi — in assenza di diverse indicazioni legislative — nella « sussistenza » o « insussistenza » dell'unico fatto giuridico qui rilevante, ovvero il giustificato motivo oggettivo delineato dall'art. 3 l. n. 604/1966.

Ma se, come affermato dalla totalità dei commentatori, la Riforma Fornero lascia inalterata la fattispecie del giustificato motivo oggettivo come fattispecie unitaria e non graduata al suo interno, la pretesa di molti — ed anche di Riccardo Del Punta nel saggio che compare nel volume — di individuare due diversi presupposti applicativi cui agganciare le tutele (ossia un giustificato motivo oggettivo totalmente insussistente e un giustificato motivo solo parzialmente insussistente) appare priva di ogni fondamento.

Quanto sinora detto riguarda il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Vorrei ora spostare l'attenzione ad un'altra fattispecie su cui è intervenuta la Riforma Fornero e di cui l'opera a cura di Pedrazzoli tratta per mano della penna di Riccardo del Punta, mi riferisco al licenziamento discriminatorio e per motivo illecito che comporta oggi *ex* art. 1, c. 42 l. n. 92/2012 la tutela reintegratoria forte a prescindere dal numero dei dipendenti. Con riferimento a tale fattispecie, posta, com'è noto, a presidio della dignità del lavoratore, la dottrina tende a dare un'interpretazione assolutamente restrittiva: vuoi interpretando le ragioni discriminatorie come tassative, vuoi obliterando il non casuale selettivo richiamo all'art. 1345 c.c. e cioè al motivo illecito determinante ma non anche esclusivo. Neppure la totale insussistenza del fatto, secondo questa corrente di pensiero, darebbe luogo a una ipotesi di

discriminazione o ad un motivo illecito di licenziamento, ma ad esso potrebbe essere dato rilievo soltanto per il tramite dell'istituto della frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.

Mi chiedo se tale interpretazione restrittiva sia conforme al sistema e cioè se l'operazione di circoscrivere discriminazioni e motivo illecito ad ipotesi tassative — unita alla gravosità probatoria per il lavoratore circa la natura discriminatoria o comunque illecita del recesso datoriale — sia in linea con il quadro costituzionale che, come noto, pone in primo piano all'art. 2 la persona umana. Ed a mio parere la risposta deve essere negativa.

Proprio per questo credo da tempo ⁽⁷⁾ che sia opportuno interpretare le ragioni discriminatorie come un elenco non tassativo o, in alternativa, valorizzare adeguatamente il riferimento al motivo illecito determinante di licenziamento *ex art.* 1345 c.c. di cui parla l'art. 1, c. 42 l. n. 92/2012. Da un lato infatti è opinione condivisa che nell'atto unilaterale causa e motivo determinante si sovrappongano, dall'altro è chiaro che il motivo sarà illecito a norma dell'art. 1343 e 1345 c.c. vuoi ove illegale (ossia contrario a norme imperative o in frode alla legge) vuoi ove anti-giuridico (cioè contrario all'ordine pubblico o al buon costume). Il recesso datoriale sarà, dunque, illegale tutte le volte che l'interesse perseguito non sia quello ammesso dall'ordinamento (cioè l'interesse tecnico-organizzativo riconosciuto tramite il concetto di giustificato motivo oggettivo) in quanto inevitabilmente si tratterà di un interesse che ricade nell'area della tutela della persona del lavoratore. Ho proposto, quindi, di ritenere verificata la discriminazione o (il che è lo stesso nella mia ipotesi) il motivo illecito (ragionando *a contrario*) tutte le volte che la ragione tecnico-organizzativa non sia provata.

Il presupposto da cui parto è, infatti, che le uniche ragioni immaginabili a base dell'atto di licenziamento sono o quelle tecnico-organizzative (ammesse dal sistema) o quelle legate a caratteristiche della persona (vietate dal sistema). *Tertium non datur*. Come dire: o esiste la ragione tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento o si ricadrà inevitabilmente nell'area delle ragioni legate a caratteristiche della persona del lavoratore che l'ordinamento vieta di perseguire, posto che, come detto *supra*, il giustificato motivo oggettivo di licenziamento non è graduabile.

Mi si è imputato di aver proposto un'interpretazione puramente dogmatica avulsa dalla volontà del legislatore storico, che invece era chiaramente diretta verso una diminuzione delle tutele (e non invece verso un loro allargamento) oltre che verso una radicale differenziazione

(7) M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o "per motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in « Rivista Giuridica del Lavoro », I (2012), p. 641 e ss.

ne fra licenziamento meramente ingiustificato e licenziamento sorretto da cause vietate⁽⁸⁾.

Accetto la critica. Osservo, però, che la costruzione dogmatica è solo lo strumento tecnico di cui l'interprete si avvale. La dogmatica, infatti, ingloba nell'ambito della struttura propria del ragionamento giuridico e pone a proprio fondamento i valori che lo stesso interprete ritiene costituiscano i pilastri dell'ordinamento giuridico o della frazione di esso considerata. Le osservazioni che mi vengono rivolte colgono dunque sicuramente nel segno laddove mi si imputa di aver sotteso valori al mio discorso. Non ho alcuna difficoltà ad ammetterlo. *Il valore che ho posto a fondamento della mia costruzione e che ritengo pilastro di tutto il nostro sistema giuridico è quello della dignità della persona umana riconosciuto dall'art. 2 Cost.* Si tratta a mio parere dell'architrave del nostro sistema giuridico.

Dunque mi muovo sulla falsariga della proposta interpretativa di Adalberto Perulli. Anch'io ritengo che ancora oggi il diritto del lavoro abbia una propria scala di valori che reggono sotto i colpi dell'economia. Il percorso interpretativo che propongo — e non sono l'unica a farlo⁽⁹⁾ — è però esterno al concetto di giustificato motivo di licenziamento e passa attraverso la fattispecie della discriminazione e del motivo illecito determinate di licenziamento.

Se questo, a mio parere, è lo stato dell'arte con riferimento al giustificato motivo oggettivo di licenziamento, diverse considerazioni in ordine al bilanciamento fra ragioni dell'economia e ragioni del diritto del lavoro devono essere fatte con riferimento al sistema italiano di diritto del lavoro nel suo insieme e agli altri sistemi di diritto del lavoro europei.

In quale direzione stanno andando gli ordinamenti lavoristici europei? È possibile ritenere che la tutela della persona del lavoratore sia ancora il baricentro della regolamentazione lavoristica?

A mio sommesso avviso la risposta a quest'ultima domanda sembra dover essere negativa con riguardo all'Italia, se solo si pone mente al Decreto Poletti in materia di contratto a termine che, eliminando protezioni importanti per il lavoratore (la necessità della causale per la stipula di contratti a termine), ha elevato il contratto a termine a ordinario e fisiologico strumento di acquisto della forza-lavoro senza necessità di alcun controllo del giudice.

Ma che dire degli altri paesi?

(8) DEL PUNTA, *La riforma*, p. 27.

(9) Cfr. Trib. Milano 11 febbraio 2013, in « Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico », 2013, p. 210, in cui il giudice ha ritenuto discriminatorio e non solo ingiustificato il licenziamento intimato da una lavoratrice per aver comunicato all'azienda una grave patologia di cui era affetta e che il giudice ha ricondotto alla nozione di handicap.

Lascio in sospenso questa domanda che spero troverà risposta nel successivo dibattito, soprattutto da parte di chi ha studiato i diversi ordinamenti europei e con il suo lavoro ha concorso a realizzare la bella, approfondita e stimolante opera di cui discutiamo.

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Creo que el libro que se presenta es una obra absolutamente necesaria y de enorme calidad científica. De entrada la materia objeto del mismo es de un interés innegable: la regulación del despido, no sólo a nivel italiana, sino de carácter europeo, o al menos de los principales países de la UE. El despido es la verdadera sala de máquinas del Derecho del Trabajo, pues a través de esta institución se establece cuál sea el verdadero grado de subordinación del trabajador ante el empresario. Este volumen no sólo ofrece una visión de los principales resultados de la reciente reforma italiana, sino que va mucho más allá e intenta comprender la situación de los principales ordenamientos europeos. Se trata de un reto importante, pero del que los autores han sabido salir victoriosos; estamos, por tanto, ante un libro de contenido realmente importante. De otro lado, los autores de los diferentes artículos han sabido realizar una labor investigadora ciertamente meritoria, analizando de manera directa la regulación de los distintos países elegidos.

Probablemente la principal conclusión que podemos extraer de la lectura de este volumen es que no hay soluciones jurídicas generales entre los distintos ordenamientos analizados. No existe homogeneidad en la regulación, sino que las soluciones jurídicas son muy diferentes en los distintos países, obedeciendo a realidades muy distintas y a circunstancias realmente diversas. Sin embargo, una de las importantes aportaciones de este libro es que se ha planteado por los autores una similar estructura de análisis de los ordenamientos, y con ello se localizan con facilidad cuáles son los problemas jurídicos comunes a todos los ordenamientos. Otra cuestión son las soluciones, que tal como he señalado son muy dispares. ¿Cuáles son estos problemas comunes?: los requisitos legales para despedir, sobre todo la causa y la forma, los niveles de tutela que establecen los ordenamientos, los costes indemnizatorios del despido y los mecanismos de control de la decisión empresarial.

Respecto de los requisitos para despedir, nos encontramos en primer lugar con la causalidad del despido. En líneas generales el despido se configura como una institución causal, se requiere una justa causa para despedir al trabajador. En líneas generales los ordenamientos europeos son muy diferentes en este punto, si bien creo que podemos reconducir la situación a dos grandes categorías causales. En

primer lugar las causas subjetivas, es decir, aquellas que recaen sobre el trabajador: los incumplimientos contractuales; pero también supuestos en los que siendo la causa o circunstancia determinante del despido, imputable al trabajador, no obedece a su voluntad (no son incumplimientos), como la falta de adaptación a las novedades tecnológicas introducidas en su puesto de trabajo. En segundo lugar, están las causas empresariales, sobre todo la causa económica.

Junto a las exigencias causales encontramos los requisitos formales. Es este, probablemente, el ámbito donde se consigue un mayor nivel de homogeneidad normativa, sobre todo a través del requisito de la comunicación escrita del despido, donde se ha de hacer constar la causa de la extinción. Se trata de una exigencia de especial trascendencia, pues permite al trabajador realizar el ejercicio de su derecho a la tutela judicial, defendiéndose de la decisión extintiva empresarial.

Pero una cosa es que el ordenamiento exija unos requisitos causales y formales, y otra cuestión diferente es la relativa a si un despido que no cumpla tales requisitos pueda producir efectos. Este planteamiento hace que lleguemos al tercero de los grandes problemas jurídicos: cuál ha de ser la tutela que el ordenamiento debe aplicar a los trabajadores; es decir, cuál ha de ser la dosis de estabilidad. En este punto existen dos sistemas fundamentales de protección frente al despido, me refiero a la tradicional distinción entre estabilidad real (el ordenamiento impone al empresario la readmisión del trabajador reconstituyendo la relación laboral, sin que haya posibilidad de sustituir esa readmisión por una extinción indemnizada del contrato de trabajo) y de estabilidad meramente obligatoria (es el empresario quien dispone del derecho de optar entre la readmisión del trabajador con la recomposición de la relación laboral, o la extinción indemnizada del contrato de trabajo; de esta manera puede dar por extinguido el contrato de trabajo aún sin tener una justa causa, a cambio de una indemnización económica para el trabajador). Debemos tener en cuenta que tales sistemas no se presentan puros en el ordenamiento jurídico; al contrario, lo normal es que ambos interactúen al mismo tiempo, dando lugar a un sistema de tutela mixto o dual. El problema reside, lógicamente, en donde está el punto de equilibrio entre favorecer la estabilidad en el empleo o la capacidad empresarial de extinguir el contrato. Esta dualidad es, sin duda, un buen ejemplo de las tensiones entre el derecho al trabajo y la libertad de la empresa.

Por otra parte, hay que resaltar que cada uno de los dos modelos de tutela individualmente considerados admite graduaciones. Por ejemplo, en los sistemas de estabilidad obligatoria, la base es la posibilidad de sustituir la readmisión por una indemnización; ahora bien, cabe establecer una indefinición sobre la cuantía de la indemnización, por considerar que es una verdadera indemnización por daños y perjuicios; o bien tasar dicha indemnización, lo que genera una evidente certeza que juega en contra de la mayor tutela del trabajador. Desde el punto

de vista de la estabilidad real, no es lo mismo disponer de mecanismos ejecutivos que sancionen al empresario por el incumplimiento de la obligación de readmisión, que contar simplemente con el abono de los salarios del trabajador aun cuando no haya contraprestación de trabajo por rechazarla el empresario.

Debemos resaltar cómo en la actualidad se ejerce una fuerte tensión sobre los ordenamientos europeos, dirigida fundamentalmente a favorecer un incremento del ámbito de la estabilidad obligatoria, a costa de reducir el ámbito de la estabilidad real. Es decir, una presión dirigida a favorecer los intereses empresariales.

El cuarto problema general en la regulación del despido hace referencia a las situaciones de estabilidad obligatoria; en las que es posible sustituir la readmisión por el abono de una indemnización. En este caso aparecen dos grandes cuestiones: la primera hace referencia a la cuantía o coste de la indemnización. Aquí se observa una preferencia por las indemnizaciones tasadas, rechazándose las indemnizaciones por daños y perjuicios; si bien existe una importante diversidad normativa relativa al cálculo de la cuantía indemnizatoria. La otra cuestión es la referente a la certeza en el coste indemnizatorio: mientras mayor sea la certeza que pueda tener el empresario en relación a cuánto le cuesta despedir, mayor facilidad tiene para tomar la decisión. Por el contrario, cuando existe un importante nivel de incertidumbre sobre la cuantía de la indemnización, los empresarios tienen más dificultades a la hora de decidir la extinción del contrato de trabajo, sopesando otras alternativas. Es evidente cómo este elemento de la certeza incide sobre la liberalidad con la que el empresario puede tomar la decisión extintiva.

Para terminar, el último de los problemas jurídicos relevantes es el relativo al control de la decisión empresarial: mayoritariamente los sistemas son de tipo judicial y actúan a posteriori de la decisión empresarial. Mucho más extraños son aquellos en los que el control es administrativo y sobre todo, los sistemas de control previo a la extinción; siendo estos últimos los mecanismos que ofrecen un más alto nivel de tutela al trabajador.

En líneas generales podemos señalar que en la actualidad se produce un conjunto de reformas de los ordenamientos europeos caracterizados todos ellos por caminar en la misma dirección; la de favorecer la flexibilidad de salida de los trabajadores, a través de una regulación del despido en la que se reducen los mecanismos de tutela de los trabajadores.

Desde luego, este proceso de reformas que favorecen la flexibilidad laboral es aplicable a España, más aún, creo que el ordenamiento español es uno de los principales ejemplos de esta tendencia hacia la flexibilidad. Desde mi punto de vista la evolución normativa del despido en España, que ha caminado en la dirección de la flexibilidad de salida se ha planteado en base a tres líneas fundamentales: la reducción del ámbito de la estabilidad real, la reducción del coste del

despido y la facilitación del despido económico. Veamos estas cuestiones.

— Reducción del ámbito de la estabilidad real.

La primera de las líneas de actuación del legislador español ha sido la reducción del ámbito de la estabilidad real. En la actualidad, la estabilidad real en España se circunscribe al ámbito del despido nulo, que es aquel que tiene carácter discriminatorio, que se produce en violación de derechos constitucionales fundamentales, o durante los períodos de protección de trabajadores y trabajadoras vinculados al ejercicio de derechos relativos a las responsabilidades familiares y laborales o la maternidad; así como en el despido improcedente o injusto de los representantes de los trabajadores. Hay que destacar, sin embargo, que con anterioridad el ámbito de la estabilidad real había sido mucho mayor, pero a través de diversas reformas se ha ido reduciendo.

Así, se suprimió la nulidad del despido disciplinario por vicios formales, lo cual se produjo a través de la reforma laboral de 1994. Este proceso se completa con la eliminación de los despidos objetivos nulos por vicios formales mediante la reforma de 2010. Se rompía así una de las reglas tradicionales del Derecho del Trabajo, que ha venido acompañando a nuestro ordenamiento prácticamente desde sus inicios, pues la falta de cumplimiento de los requisitos formales había supuesto tradicionalmente en el ordenamiento español el derecho a la readmisión del trabajador. Se produce una reducción del ámbito de la estabilidad real y se generaliza la improcedencia del despido y la solución indemnizatoria propia de la estabilidad obligatoria. De otro lado, debemos resaltar cómo la justificación de los requisitos formales reside en el hecho de que el trabajador pueda conocer de manera fehaciente los hechos que se le imputan para dar por extinguido su contrato de trabajo; ello supone que lo que está en juego es el derecho a la tutela judicial; es decir, la capacidad de que el trabajador pueda, de manera mínimamente eficiente cuestionar la decisión empresarial y se pueda controlar judicialmente la existencia o no de justa causa. Entendemos que el sentido de haber reconducido la falta de forma en el despido disciplinario a la mera improcedencia se explica fundamentalmente por el deseo del legislador de flexibilizar el despido.

— Reducción del coste del despido.

La segunda de las líneas básicas de la reforma del despido en España ha sido la reducción de los costes del despido. Este planteamiento se ha desarrollado sobre todo a través de la reducción de la indemnización de despido improcedente: antes de la reforma la indemnización en estos casos era equivalente a 45 días de salario por año de servicio, con un tope máximo de 42 meses de salario. En la actualidad, tras la reforma se ha pasado a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, con un tope de 24 mensualidades; ello supone una reducción de una cuarta parte en los costes indemnizatorios. A lo

anterior se suma la eliminación de los salarios de tramitación (una suma económica equivalente a los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia): con anterioridad a la reforma el empresario debía abonarlos en todos los casos de despido improcedente o nulo; en la actualidad, sólo existe la obligación de abonar tales salarios de tramitación cuando el despido es nulo, o cuando siendo improcedente el empresario procede a la readmisión del trabajador, de igual manera deben abonarse en caso de despidos improcedentes de representantes de los trabajadores. También se procede a la reducción del coste de la extinción a través de la reducción del período de preaviso en los despidos objetivos: pasa de 30 días a sólo 15.

El hecho, que se trate de reducir los costes del despido improcedente, ha de hacer que reflexionemos: se trata de reducir el coste de un despido ilegal, contrario al ordenamiento jurídico, fraudulento. Por lo tanto, el mensaje que nos traslada esta reforma consiste en la limitación de los costes de un acto del empresario caracterizado por su ilegalidad o ilegitimidad.

Se trata de uno de los principales ejemplos de cómo ha incidido en la norma laboral los planteamientos procedentes de la doctrina económica. Uno tiene la impresión de que el último decenio la labor de los juristas se ha visto entorpecida por la constante intromisión de los economistas, que han asumido el papel de nuevos inspiradores (cuando no directos creadores) del Derecho del Trabajo actual. La economía se ha convertido en la hermanastra, agresiva y pendenciera del Derecho del Trabajo, de modo que en muchos casos los juristas no hemos hecho sino actuar como servidores de sus planteamientos.

Conviene, pues, analizar si existe realmente una verdadera justificación a la reducción del coste del despido. Entiendo que fundamentalmente se han utilizado tres argumentos distintos: que en comparación con otros ordenamientos europeos, la regulación española supone un despido más caro, por lo que es necesario su reducción para acercarnos al resto de los ordenamientos de la Unión; en segundo lugar, que un despido barato es positivo a los efectos de la creación de empleo; y, por último, que la diferencia entre el alto coste del despido y el bajo precio de la extinción del contrato temporal, impulsa la segmentación del mercado de trabajo, por lo que un despido barato supone un freno a la expansión de la contratación temporal.

De entrada se estima que las indemnizaciones por despido en España supera ampliamente la media de la Unión Europea, por lo que se apuesta por su reducción. Sin embargo, una simple lectura del libro que presentamos evidencia una realidad: que no existe homogeneidad entre los ordenamientos europeos en relación al coste del despido, sino que las soluciones jurídicas son muy diferentes, obedeciendo a los diversos condicionamientos normativos que pueden existir; se evidencia así la dificultad de comparar ordenamientos muy diferentes, tomando unos simples datos que no tienen en consideración la cuantía media de

las indemnizaciones, u otros posibles costes; lo que cuestiona justamente lo acertado de estas comparaciones. De otro lado, no se tiene en cuenta la posibilidad de los incrementos a las indemnizaciones a través de la negociación colectiva, que es usual en los países del norte de Europa; o no se señala como elemento esencial los costes sociales del despido (en forma de prestaciones de Seguridad Social por desempleo —muy bajas en España, si se compara con los principales países de la UE-). Pero sobre todo, la doctrina económica no ha tenido en cuenta la situación del mercado de trabajo: si bien es cierto que ante un mercado flexible, en que el trabajador despedido puede encontrar empleo de manera rápida, puede plantearse una reducción del coste del despido sin excesivos problemas; por el contrario, cuando estamos ante un mercado rígido, como el español, donde la búsqueda de un nuevo empleo se convierte en una pesadilla que puede durar dos y tres años, o un mercado que condena a no volver a encontrar ocupación a los desempleados mayores de 50 años, la reducción del coste del despido se convierte en una agresión injustificada a la tutela del trabajador.

En cuanto a que un despido barato implique la creación de empleo, hay que señalar, de entrada, que probablemente lo que de manera directa va a generar un despido barato, es un incremento del número de despidos; no un incremento de la contratación. De otro lado, de ser cierta esta afirmación, sólo tendría repercusión sobre el incremento de la ocupación durante los períodos de expansión económica (y en este caso, es más probable que el crecimiento de la ocupación se deba a la buena coyuntura económica y no a la reducción del coste del despido). Por el contrario, en períodos de recesión económica (no olvidemos que la economía es cíclica, de modo que tras un período de crecimiento económico vendrá inexorablemente una crisis, y un despido barato en época de crisis supone un incremento del número de despidos. La prueba la encontramos en la propia situación del mercado de trabajo español: en 2007, al final del período de crecimiento económico de principios de Siglo XXI, el desempleo español bajo hasta el 7%, todo ello con un despido « caro » de 45 días por año de servicio; hoy día en 2014, con un despido mucho más barato (33 días de salario por año de servicio), la cifra de desempleo alcanza el 27%.

Por último, en cuanto al argumento de que un despido barato supone un freno a la contratación temporal, la realidad no puede sino desmentir dicha afirmación: la reducción del precio del despido no ha producido el más mínimo efecto en forma de reducción de la contratación temporal; al contrario, no ha impedido en modo alguno que la contratación temporal sea la piedra angular del mercado de trabajo español. Los datos son evidentes: si comparamos el porcentaje de contratos temporales respecto del total se evidencia que se supera el 90% y que las sucesivas reformas que abaratan el despido no han incidido sobre la cuestión. La razón de esta situación es puramente económica: si tomamos el coste de la extinción como elemento decisivo

para que un empresario se incline por un contrato temporal o por un contrato indefinido; resulta que el coste de la extinción de un contrato temporal es cero, pues basta con esperar a la finalización del contrato. Por el contrario, si el empresario quiere dar por extinguido un contrato indefinido, salvo que tenga una justa causa, el coste extintivo siempre será superior a cero, por mucho que se abarate la cuantía del resarcimiento.

En conclusión, si no existen razones para justificar esta reducción, ¿cuál es el sentido de la misma? La simple necesidad de flexibilizar la regulación del despido. Esa es la única justificación real de esta regulación.

— Facilitación del despido colectivo.

La reforma de 2012 ha supuesto también una simplificación del despido colectivo, sobre todo a través de dos mecanismos fundamentales: la simplificación del procedimiento y la simplificación de la causa económica. Respecto del procedimiento, tradicionalmente el ordenamiento español ha exigido una previa autorización administrativa para el despido colectivo. Una vez que el empresario decide acudir al despido colectivo, debe comunicarlo a la autoridad administrativa y a los representantes de los trabajadores. Se abre un período de consultas con los representantes, a los que deberá facilitarse la información necesaria para debatir sobre la necesidad o no del despido colectivo. Posteriormente, una vez finalizado el período de consultas, se remitía lo actuado a la autoridad administrativa para que resolviese y, en su caso, concediera la autorización para despedir. La forma más directa y fácil para acceder a la autorización administrativa era lograr el acuerdo con los representantes de los trabajadores, pues en ese caso la concesión de la autorización era automática, evitándose el control administrativo. Lo que ocurre es que todo este proceso encarecía el coste del despido: el empresario debía abonar los salarios durante el período de consultas con los representantes; y los representantes exigían a la empresa a cambio del acuerdo, un fuerte incremento de la indemnización, de manera que la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio, acababa convirtiéndose en indemnizaciones de 35, 45 o incluso más días de salario (más del doble de la indemnización legal). Ante esta situación, el legislador ha decidido suprimir la autorización administrativa, sustituyendo el control administrativo previo por un control judicial posterior. No obstante, se observa una cierta respuesta judicial ante esta supresión, que consiste en controlar el cumplimiento por el empresario del período de consultas, más concretamente, si ha negociado de buena fe por parte del empresario y si se ha facilitado la negociación permitiendo que los representantes de los trabajadores hayan tenido acceso a la documentación necesaria; de manera que si se estima que no ha sido así, el despido se declara nulo, debiendo readmitir el empresario a los trabajadores.

De otro lado, se ha simplificado enormemente la comprensión de la causa económica, la principal causa de despidos colectivos. Lejos de configurarse como una causa que se utiliza como *ultima ratio* frente a situaciones críticas de la empresa, la causa económica ha pasado a configurarse legalmente como aquella que permite al empresario la extinción colectiva, cuando la situación económica de la empresa no sea tan positiva como desea el empresario: literalmente el legislador se refiere a la misma señalando que se utilizará « cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas ». Obsérvese que podrá acudir a la misma cuando la situación económica de la empresa sea negativa, entendiéndose por tal situación, cuando haya pérdidas actuales (sin que se especifique mínimamente la cuantía de las pérdidas, ¿basta con la existencia de pérdidas de un solo euro?), o pérdidas previstas (¿existe en la ciencia contable las pérdidas previstas?), o bien cuando haya una simple disminución de las ventas o ingresos ordinarios. De nuevo ha sido la jurisprudencia la que ha intervenido para establecer unos criterios jurídicos delimitadores ante la amplitud de esta causa, exigiéndose no sólo que el empresario acredite esa situación económica negativa, sino también considerando obligatorio que el empresario determine de qué modo, tal causa económica incide sobre los contratos de trabajo que pretenden extinguirse, y por último, deberá probar la adecuación o congruencia de la medida extintiva para hacer frente a la causa económica esgrimida. Se establece así una conexión de funcionalidad entre la causa económica y las extinciones contractuales.

MATTEO CORTI

I LICENZIAMENTI IN ITALIA E IN GERMANIA

1. Il volume curato da Marcello Pedrazzoli: questioni di metodo e ... — 2. di merito. — 3. I licenziamenti in Germania: dentro e fuori il *Kündigungsschutzgesetz*; il ruolo cruciale del *Betriebsrat*. — 4. Leggi *Hartz* e riforma Fornero: poche analogie, anche alla luce delle più recenti evoluzioni (*Jobs Act*). — 5. La riforma dell'art. 18, stat. lav. non è tedesca.

1. *Il volume curato da Marcello Pedrazzoli: questioni di metodo e ...*

Ho accolto con grande piacere l'invito della prof.ssa Silvana Sciarra a parlare del bel libro curato da Marcello Pedrazzoli, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, edito nel 2014 per i tipi di Franco Angeli, per due motivi. In primo luogo, non

ho mai parlato come relatore nell'Ateneo fiorentino, e quindi sono molto onorato e contento di questa prima volta. Il secondo motivo è che il libro mi è davvero piaciuto, ed è proprio da qui che vorrei cominciare a svolgere qualche considerazione.

Anzitutto, l'approccio comparato del libro è quello che personalmente preferisco: vengono presentati diversi rapporti nazionali predisposti su una griglia analoga, i cui aspetti più significativi sono poi presi in considerazione nel contributo finale di comparazione trasversale. Nel libro R. Del Punta ha trattato della recente riforma italiana dell'art. 18, stat. lav., operata dalla l. n. 92/2012, mentre i *reports* nazionali sono stati curati, rispettivamente, da G. Centamore (Francia), S. Grivet-Fetà (Germania), L. Ratti (Regno Unito), F. Martelloni (Portogallo), C. Pederzoli (Spagna); i saggi di L. Nogler e A. Perulli si sono occupati di aspetti più specifici, collocando la revisione della disciplina dei licenziamenti operata dalla legge Fornero nel quadro delle riforme lavoristiche che hanno investito negli ultimi anni quasi tutti i Paesi europei; M. Pedrazzoli si è sobbarcato l'arduo compito dell'impegnativa sintesi finale.

Io stesso ho utilizzato questo approccio alla comparazione nella mia monografia sulla partecipazione ⁽¹⁾, ma non si tratta di una tecnica universalmente condivisa: non manca chi ritiene che soltanto tramite il raffronto trasversale e sinottico possa essere proficuamente svolta l'indagine comparata. Invece, il metodo applicato nel volume consente di conservare un virtuoso equilibrio tra analisi e sintesi, evitando di diluire le esperienze nazionali in comuni denominatori artificiosi, che rischiano di diventare quello che per Hegel era l'assoluto di Schelling, ovvero « la notte in cui tutte le vacche sono nere ». Insomma, la comparazione puramente trasversale rischia di obliterare specificità che nei sistemi giuridici di provenienza non sono per nulla irrilevanti.

Mi sia consentita un'ultima notazione di metodo: la dottrina citata nei *reports* nazionali appartiene in gran parte ai Paesi oggetto di studio ed è stata consultata nei testi in lingua originale. Ciò è da salutare con favore: si limita così il rischio di immettere nell'analisi precomprensioni di interpreti legati ad esperienze diverse da quelle esaminate.

2. *di merito.*

Passando ora a svolgere qualche considerazione di merito, mi ha colpito, anzitutto, il carattere complessivamente equilibrato del volume. Nonostante che la riforma dei licenziamenti abbia provocato nel nostro Paese un dibattito infuocato, tanto prima che dopo l'approvazione della

⁽¹⁾ M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Milano, Vita e Pensiero, 2012.

legge Fornero ⁽²⁾, il libro presenta una riflessione sobria e scevra da pregiudizi ideologici. Questa caratteristica spicca in particolare nel contributo di Del Punta, che si sforza di razionalizzare il dato normativo emergente dal nuovo art. 18, stat. lav. attorno alla gravità del vizio che affligge il licenziamento ⁽³⁾: è questo il punto d'attacco su cui si innestano le ormai diverse forme di tutela previste dalla norma, con un *décalage* che procede, per l'appunto, dal licenziamento discriminatorio (reintegrazione e risarcimento integrale del danno) a quello irregolare nella forma o nella procedura (semplice indennizzo compreso tra 6 e 12 mensilità), transitando per quelli in cui fanno difetto i presupposti della giusta causa o del giustificato motivo (cui sono ricollegati, secondo la « gravità » di tale difetto, la reintegrazione con indennizzo limitato a 12 mensilità o un'indennità compresa tra 12 e 24 mensilità). Nello scritto finale di Pedrazzoli questa ipotesi interpretativa trova un cauto accoglimento ⁽⁴⁾: del resto, l'autore fa notare come nel quadro comparato l'equiparazione di tutti i vizi del licenziamento quanto alle conseguenze sanzionatorie, situazione esistente nell'ordinamento italiano prima della riforma, non costituisca affatto la regola ⁽⁵⁾, essendo presente con caratteristiche analoghe nel solo Portogallo. Con riferimento ai licenziamenti disciplinari, basti pensare che nell'ordinamento tedesco nemmeno è prevista una procedura da seguire ⁽⁶⁾, mentre in Francia la sanzione per i vizi di carattere procedurale è assai meno severa rispetto a quella prevista quando manchino i presupposti stessi del licenziamento ⁽⁷⁾.

Il saggio di Pedrazzoli, attingendo dall'analisi comparata, propone *de iure condendo* una più radicale distinzione di disciplina tra i licenziamenti disciplinari e discriminatori, da un lato, e quelli per giustificato motivo oggettivo o comunque dettati da ragioni economiche, dall'altro: mentre per i primi, tra l'altro statisticamente assai meno frequenti, è ragionevole prevedere il rimedio reintegratorio ⁽⁸⁾, per i secondi dovrebbe rimanere soltanto l'indennizzo, in forma però generalizzata (in questa direzione spingerebbe anche una doverosa ponderazione).

⁽²⁾ Si vedano a mo' di esempio gli atti del Congresso AIDLASS di Pisa: AA.VV., *Il Diritto del lavoro al tempo della crisi. Atti del XVII Congresso nazionale di Diritto del lavoro — Pisa, 7-9 giugno 2012*, Milano, Giuffrè, 2013.

⁽³⁾ R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, a cura di M. Pedrazzoli, Milano, Angeli, 2014, pp. 17-18.

⁽⁴⁾ M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La "flessibilità in uscita" nei paesi europei e la recente riforma italiana*, in *Le discipline*, cit., p. 342.

⁽⁵⁾ Ivi, pp. 334-335.

⁽⁶⁾ Ivi, pp. 312-313.

⁽⁷⁾ Ivi, p. 325.

⁽⁸⁾ Ivi, p. 344.

razione di principi costituzionali)⁽⁹⁾. In altri termini, ogni licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ogni recesso collettivo dovrebbero comportare sempre l'erogazione di un'indennità che tenga conto dei costi sociali che la soppressione dei posti di lavoro comporta. Peraltro, durante il convegno Pedrazzoli ha chiarito che la sua proposta non intende replicare quelle che mirano a introdurre il cd. *firing cost*, facendone l'unica barriera contro il recesso datoriale (Ichino): il licenziamento irrogato per ragioni economiche inesistenti dovrebbe essere sanzionato con il rimedio previsto per quello disciplinare/discriminatorio, ovvero, in linea di principio, con la reintegrazione.

Le riflessioni contenute nei contributi di Perulli e Nogler appaiono, in verità, più critiche, specialmente nei confronti dell'ormai imperante pensiero unico economico che ha fatto da catalizzatore anche alla legge Fornero, oltretutto a tutte le principali riforme del Diritto del lavoro che vengono ormai realizzate a getto continuo nell'Unione europea da più di un decennio e si sono intensificate con la crisi del 2008. I due autori non mancano di rivolgere strali, peraltro giustificati (v. altresì Del Punta), anche alle numerose pecche di natura tecnica che affliggono il nuovo testo dell'art. 18. Il mantra della flessibilità in uscita tanto caro a certe istituzioni internazionali e correnti del pensiero economico ha ricevuto durante il convegno le serrate critiche di Orlandini e Gorelli Hernandez: quest'ultimo ha lamentato anche la pessima fattura delle recenti riforme spagnole (2010 e 2012), nelle quali l'impronta lasciata dagli economisti non è stata sufficientemente corretta dai tecnici del diritto.

Solo qualche considerazione davvero generale sui singoli *reports* nazionali: di tutti è particolarmente pregevole la linearità e lo sforzo di calarsi in un ordinamento straniero, pur utilizzando di natura strumentario esegetico tratto dal proprio diritto nazionale. In questa sede mi limiterò a qualche riflessione prendendo spunto dal contributo di Grivet-Fetà sulla Germania⁽¹⁰⁾, ordinamento che per varie vicende della mia vita accademica (tutte abbastanza casuali) mi sono trovato a studiare con una certa continuità.

3. *I licenziamenti in Germania: dentro e fuori il Kündigungsschutzgesetz; il ruolo cruciale del Betriebsrat.*

Lo studio sulla disciplina dei licenziamenti in Germania è preciso e aggiornato: restituisce il quadro di un ordinamento che sin dalla gloriosa legge sui comitati aziendali (*Betriebsrätegesetz*) del 1920 conosce una disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi, che si è

⁽⁹⁾ Ivi, pp. 344-346.

⁽¹⁰⁾ S. GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti in Germania*, in *Le discipline*, cit., p. 93 e ss.

sviluppata attraverso l'approvazione di una apposita legge (*Kündigungsschutzgesetz*) nel 1951, la sua completa riscrittura nel 1969 e diversi aggiustamenti successivi, il più importante dei quali ha trovato sede nella legge di riforma del mercato del lavoro del 24 dicembre 2003 (provvedimento formalmente non inserito nel pacchetto di leggi cd. *Hartz*, anche se coerente con la loro filosofia di flessibilizzazione del mercato del lavoro).

La protezione offerta dall'ordinamento tedesco è solida e imperniata sulla inefficacia (*Unwirksamkeit*) del licenziamento ingiustificato (*sozial ungerechtfertigt*) perché carente di uno dei presupposti indicati dalla legge: il recesso datoriale è infatti consentito soltanto in presenza di ragioni attinenti il comportamento del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*) o la sua persona (*personenbedingte Kündigung*), oppure quando sussistano pressanti ragioni di carattere aziendale (*betriebsbedingte Kündigung*). La distinzione tra i primi due tipi di recesso, ignota all'ordinamento italiano, contrappone il licenziamento disciplinare a quello basato su vicende legate alla persona del lavoratore, ma non a un suo inadempimento contrattuale (come una prolungata malattia che impedisce la proficua continuazione del rapporto); il terzo tipo di recesso si radica, invece, nelle pressanti esigenze di carattere economico, tecnico, produttivo od organizzativo che rendono impossibile la prosecuzione del rapporto.

Colpiscono l'osservatore italiano almeno due caratteristiche della disciplina tedesca di tutela contro i licenziamenti.

Anzitutto, la quasi totale assenza di protezione dei lavoratori nelle unità produttive (*Betriebe*) fino a 10 dipendenti: in questo ambito l'unica garanzia rimane ancora il periodo di preavviso previsto dal codice civile sin dagli inizi del '900. Là dove il legislatore italiano contempla la tutela di tipo obbligatorio di cui alla l. n. 604/1966 (alternativa, a scelta del datore di lavoro, tra corresponsione di un'indennità o riassunzione del lavoratore), per i lavoratori tedeschi vige nella sostanza un regime di recesso *ad nutum*. La situazione si è aggravata con la riforma del 2003, che, per i nuovi assunti, ha innalzato la soglia di applicazione del *Kündigungsschutzgesetz* da 5 a 10 dipendenti. Una sentenza della Corte costituzionale del 1998 (27 gennaio) aveva suscitato molte speranze, che, però, si sono rivelate malriposte. Il giudice delle leggi aveva stabilito che, al di fuori dell'ambito di applicazione del *Kündigungsschutzgesetz*, esisterebbe comunque una tutela di secondo rango (*zweiter Klasse*), derivante dal diritto fondamentale alla libera scelta della propria professione sancito dall'art. 12, co. 1, *Grundgesetz*. Tale diritto penetrerebbe nel contratto di lavoro grazie alle clausole generali di cui ai §§ 138 e 242, BGB, che sanciscono il divieto di porre in essere negozi contrari ai buoni costumi e, rispettivamente, l'obbligo di esecuzione dei contratti secondo buona fede. Per conseguenza, il giudice dovrebbe dichiarare l'inefficacia dei recessi datoriali arbitrari o totalmente ingiustificati là dove non viga il *Kündi-*

gungsschutzgesetz (nelle unità produttive con 10 dipendenti o meno, ma anche quando il rapporto di lavoro sia stato instaurato da meno di 6 mesi, in quanto il *Kündigungsschutzgesetz* trova applicazione soltanto superata tale soglia temporale) ⁽¹¹⁾. Tuttavia, ad oggi le pronunce giudiziali rimangono piuttosto sparse e nessuna di esse, nei casi sottoposti, ha riconosciuto l'illegittimità del licenziamento impugnato. Giova peraltro aggiungere che, stante la peculiare struttura economica tedesca, imperniata sulla media e grande impresa, un'ampia maggioranza dei lavoratori tedeschi rientra ancora nel campo di applicazione della legge di tutela contro i licenziamenti.

Un secondo aspetto che l'osservatore italiano può trovare interessante e insolito è l'intenso coinvolgimento dell'autonomia collettiva in caso di licenziamenti. Non viene qui in rilievo il sindacato, quanto piuttosto il comitato aziendale (*Betriebsrat*), organo elettivo di rappresentanza generale dei lavoratori dell'unità produttiva che esercita i diritti di informazione, consultazione e codecisione sanciti dalla legge sull'ordinamento aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz*). Le sue prerogative non si limitano all'informazione e consultazione nell'ambito dei licenziamenti collettivi (anche in Italia il sindacato è coinvolto in caso di licenziamenti collettivi, in attuazione delle direttive europee in materia), ma si estendono a ogni tipo di licenziamento, anche di natura individuale e a carattere disciplinare: il comitato aziendale non può certo impedire il recesso datoriale, ma la sua mancata o carente consultazione comporta l'inefficacia del recesso ⁽¹²⁾. Di più, quando si tratti di importanti modifiche aziendali (*Betriebsänderungen*), che comportano un numero consistente di licenziamenti, la legge sull'ordinamento aziendale attribuisce al *Betriebsrat* il diritto di negoziare con la direzione per trovare un compromesso (*Interessenausgleich*). In caso di permanente disaccordo sulle misure previste, il comitato aziendale ottiene il diritto di codecidere in merito al piano sociale (*Sozialplan*) che accompagnerà i recessi: infatti, qualora le parti non trovino un'intesa sul *Sozialplan*, interviene un organismo arbitrale (*Einigungsstelle*), la cui decisione ha natura vincolante ⁽¹³⁾.

Il coinvolgimento del comitato aziendale nella tutela del lavoratore contro i licenziamenti è una caratteristica presente fin dagli esordi della disciplina (alle origini la tutela contro l'illegittimo recesso datoriale era contenuta nel *Betriebsrätegesetz* del 1920), che non è mai venuta meno. In tempi ormai piuttosto risalenti, alla metà degli anni '80 del

⁽¹¹⁾ V. W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2. Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, Hamburg, Rowohlt, 2009, pp. 564-566; un cenno alla questione è anche in L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Le discipline*, cit., p. 230.

⁽¹²⁾ Cfr. M. CORTI, *La partecipazione*, cit., pp. 139, 141 e 145.

⁽¹³⁾ Ivi, pp. 140-141.

secolo scorso, un'autorevole voce giuslavoristica del nostro Paese ⁽¹⁴⁾ ebbe a criticare taluni aspetti di questo coinvolgimento, specie quelli relativi ai recessi individuali, stigmatizzando i retaggi corporativi che inquinerebbero la disciplina tedesca.

Si tratta di un giudizio profondamente segnato dall'epoca in cui fu formulato: in quei tempi, buona parte dei cultori italiani di diritto sindacale e relazioni industriali guardava ancora con fiducia alle esperienze anglosassoni che predicavano il controllo dall'esterno dell'operato datoriale e il rifiuto di ogni coinvolgimento istituzionalizzato dei rappresentanti dei lavoratori nelle dinamiche decisionali delle imprese. Per conseguenza, l'approccio partecipativo tedesco, per di più sancito dalla legge con un equilibrato *mix* di diritti e doveri in capo al comitato aziendale, era oggetto di critiche serrate, pur con autorevoli eccezioni ⁽¹⁵⁾. Ancora negli anni '80 la cd. «via italiana alla democrazia industriale», fondata sui diritti di informazione ed esame congiunto, sulla contrattazione collettiva a tutto campo e su un uso spregiudicato del conflitto, sembrava in grado di garantire al sindacato una maggiore presa sulle determinazioni aziendali rispetto ai modelli partecipativi, sia che si trattasse di opzioni strategiche, sia che invece si discorresse di decisioni organizzative con immediate ripercussioni sui rapporti di lavoro.

La globalizzazione e la crisi, tuttavia, hanno definitivamente sgombrato il campo da queste pretese di superiorità della «via italiana alla democrazia industriale»: ormai anche sindacati da sempre lontani rispetto alle tradizioni partecipative di stampo mitteleuropeo guardano con rinnovato interesse alla sperimentazione di modelli di coinvolgimento che scambiano una maggiore influenza dei rappresentanti dei lavoratori con un uso più limitato e meno fisiologico del conflitto collettivo.

4. *Leggi Hartz e riforma Fornero: poche analogie, anche alla luce delle più recenti evoluzioni (Jobs Act).*

Concludo queste brevi riflessioni con qualche nota sul rapporto tra la riforma Fornero dei licenziamenti e la disciplina tedesca in materia. Non sono, infatti, mancate voci nel dibattito italiano, non

⁽¹⁴⁾ L. GAETA, *Appunti sulla disciplina dei licenziamenti nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Studi in memoria di Domenico Napolitano*, a cura di V. Panuccio, Milano, Giuffrè, 1986, p. 772 ss., puntualmente citato da S. GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti*, cit., pp. 109-110.

⁽¹⁵⁾ Tra le quali occorre annoverare M. PEDRAZZOLI, curatore proprio in quegli anni di una pregevole edizione arricchita del classico di W. DÄUBLER, *Diritto sindacale e gestione nella Germania federale*, Milano, Angeli, 1981.

soltanto tra le parti sociali, ma anche in dottrina, che hanno evocato in più punti influenze « teutoniche »⁽¹⁶⁾.

Prima, però, mi si consenta qualche considerazione di carattere più generale di confronto tra la l. n. 92/2012 e le leggi *Hartz*: ho già affrontato la questione in altra sede e qui mi limito a sunteggiare i risultati colà conseguiti⁽¹⁷⁾. Tra le due riforme le assonanze sono assai poche, in parte, ma non solo, a causa dei diversi punti di partenza dei due Paesi: laddove in Germania la flessibilizzazione del mercato del lavoro è passata principalmente per il ridimensionamento dell'assicurazione contro la disoccupazione e il rilancio dei servizi per l'impiego, in Italia si è operato soprattutto sui contratti di lavoro e sulla disciplina dei licenziamenti, tentando di limitare il ricorso alla falsa autonomia, incentivando l'utilizzo « fisiologico » di contratti a termine e somministrazione, riscrivendo l'art. 18, stat. lav. E se nel nostro Paese era doveroso intervenire sull'indennità di disoccupazione per uniformare un panorama di trattamenti prima frastagliato e iniquo, poco si è fatto per ricondurre la cassa integrazione a un utilizzo più mirato a situazioni di crisi temporanea e reversibile. È poi vero che in Germania le riforme *Hartz* hanno rilanciato l'interinale, tra l'altro consentendo per la prima volta la somministrazione a tempo indeterminato, ma la legislazione successiva, e in particolare la riforma del 2011, è tornata parzialmente indietro, stabilendo tra l'altro che la somministrazione deve essere « temporanea » e introducendo per la prima volta nel settore un salario minimo.

Il nuovo Governo « Renzi » sta accentuando drasticamente la divergenza con le riforme tedesche, in parte abbandonando il disegno di flessicurezza sotteso alla stessa riforma Fornero. La liberalizzazione dei contratti a termine e del lavoro somministrato (per i quali non è ora più necessario indicare alcuna causale di utilizzo), realizzata con il d.l. n. 34/2014, convertito nella l. n. 78/2014, e il progetto di contratto unico a tutele crescenti (con la possibilità per il datore di recedere liberamente nella prima fase del rapporto), prospettato nel d.d.l. « *Jobs Act* », sono volti a incrementare la flessibilità numerica delle imprese in entrata e in uscita. La riforma Fornero, invece, tentava di compensare la maggiore flessibilità in uscita con la limitazione di quella in entrata, con l'obiettivo ultimo di stimolare il ricorso delle imprese al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Insomma, mentre la chiave del successo tedesco contro la crisi sembra essere una sintesi virtuosa tra maggiore fluidità del mercato del lavoro, garantita da una moderata diminuzione del salario di riserva dei disoccupati, e flessibilità funzionale delle imprese (specie in riferimento all'orario di lavoro),

(16) Si veda, per es., anche R. DEL PUNTA, *La riforma*, cit., p. 51.

(17) M. CORTI, *Dalle leggi Hartz alla legge Fornero. Una riforma del lavoro "tedesca"?*, in AA.VV., *Il diritto*, cit., p. 470 e ss.

conseguita grazie all'impronta partecipativa del sistema di relazioni industriali⁽¹⁸⁾, le riforme italiane ricercano con preoccupante ostinazione la mera flessibilità numerica. Tra l'altro, con il mancato esercizio della delega *ex art. 4, co. 62, l. n. 92/2012*, la prospettiva della sperimentazione di pratiche partecipative nel nostro Paese sembra diventare ancora più remota. Come si era già denunciato in altra sede⁽¹⁹⁾, l'Italia sembra incapace di intraprendere la *high road* alla competitività che il sistema tedesco persegue da sempre.

5. *La riforma dell'art. 18, stat. lav. non è tedesca.*

Ma quanto è tedesca la riforma dell'art. 18, stat. lav. realizzata dalla l. n. 92/2012? Qui occorre esaminare distintamente il *Kündigungsschutzgesetz* e la mini-riforma del 2003. Secondo un'opinione diffusa sia in dottrina, sia nell'opinione pubblica, la riforma Fornero dei licenziamenti avrebbe avvicinato il nostro sistema di tutela contro i licenziamenti all'archetipo tedesco: in particolare, nel caso di licenziamento illegittimo si consentirebbe ora al giudice di ordinare, in alternativa alla reintegrazione, anche la corresponsione di un'indennità a carattere risarcitorio, esattamente come avviene in Germania. A differenza che nel *Kündigungsschutzgesetz*, tuttavia, il legislatore italiano avrebbe predeterminedo *ex ante* con cura i casi in cui si può dar luogo all'uno o all'altro rimedio (principalmente secondo la gravità del vizio dell'atto di recesso), laddove il modello tedesco attribuisce un'ampia (forse eccessiva?) discrezionalità ai giudici.

Qui mi trovo in perfetta sintonia con Luca Nogler, che nel suo bel saggio del volume qui commentato respinge con forza questa assimilazione: in Germania, quando il datore di lavoro chiede la risoluzione del contratto di lavoro in cambio del pagamento di un'indennità, il giudice verifica con cura se sussista la possibilità di un'utile continuazione futura della collaborazione lavorativa⁽²⁰⁾. In quest'operazione, il giudice non deve mai perdere di vista che il rimedio principale offerto dalla legge tedesca è proprio la continuazione della relazione lavorativa interrotta dal licenziamento illegittimo (*Weiterbeschäftigung*) e, in quanto tale, inefficace (*unwirksam*)⁽²¹⁾. Tant'è che i tribunali tedeschi non fanno luogo nemmeno a tale ponderazione di interessi ed escludono in radice la possibilità di risolvere il contratto quando il datore di lavoro, che ha proceduto a un licenziamento illegittimo, tenga un comportamento mirato a rendere impossibile la riammissione del lavoratore

(18) S. GRIVET-FETA, *I licenziamenti*, cit., p. 96.

(19) CORTI, *Dalle leggi Hartz*, cit., pp. 480-481.

(20) NOGLER, *La nuova disciplina*, cit., p. 246.

(21) CORTI, *Dalle leggi Hartz*, cit., p. 476.

nell'impresa ⁽²²⁾, o abbia comminato il licenziamento per una giusta causa (*wichtiger Grund*), poi rivelatasi insussistente ⁽²³⁾.

In Germania la reintegrazione è ancora considerata un *prius*, che può venir meno soltanto se il giudice, richiesto dal datore di lavoro di sciogliere comunque il contratto, ritenga che manchino i presupposti per una futura proficua collaborazione lavorativa. In Italia, invece, la dottrina è lacerata in una sterile discussione se la regola sia la reintegrazione o l'indennizzo ⁽²⁴⁾ e il giudice deciderà se far luogo alla prima o al secondo sulla base della gravità del vizio che affligge il licenziamento, senza curarsi se vi siano le basi per continuare proficuamente la relazione lavorativa. Insomma, mentre i tribunali tedeschi guardano in avanti, quelli italiani hanno lo sguardo rivolto soltanto indietro. Le affinità tra i due sistemi paiono davvero superficiali.

La mini-riforma tedesca del 2003 ha ritoccato qualche profilo anche importante del *Kündigungsschutzgesetz*, ma non può certo essere paragonata alla totale riscrittura dell'art. 18, stat. lav. operata dalla legge Fornero. Come già accennato, è stata innalzata da 5 a 10 lavoratori la soglia numerica oltre la quale nell'unità produttiva si applica la legge di tutela contro i licenziamenti; inoltre, è stato unificato per tutti i vizi del licenziamento il termine di 3 settimane per l'impugnazione in giudizio del recesso datoriale ⁽²⁵⁾. Ma la modifica forse più significativa è stata l'introduzione di un'indennità a carattere semi-automatico (*Abfindung*). Il datore di lavoro che recede per un motivo inerente l'attività aziendale (*dringendes Betriebsersfordernis*) può offrire al lavoratore un'indennità risolutoria di importo non inferiore a 0,5 mensilità per anno di anzianità aziendale (fino a un massimo di 12 mensilità). Con l'accettazione (che può avvenire anche in forma tacita, lasciando decorrere il breve termine per l'impugnazione giudiziale del recesso) il lavoratore rinuncia contestualmente all'impugnazione del licenziamento, che in questo modo diventa intoccabile. Occorre peraltro sottolineare che, per un verso, la disciplina dell'indennità risolutoria non si estende ai licenziamenti disciplinari, per l'altro, il lavoratore conserva sempre la libertà di rifiutare l'offerta e impugnare giudizialmente il recesso.

L'introduzione di questo nuovo istituto favorisce sicuramente la risoluzione consensuale dei rapporti di lavoro, probabilmente, come segnala Grivet-Fetà, anche oltre i confini del licenziamento per motivi

⁽²²⁾ *Bundesarbeitsgericht* 15 febbraio 1973, 2 AZR 16/72.

⁽²³⁾ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht* 2, cit., p. 665.

⁽²⁴⁾ V. i riferimenti dottrinali in DEL PUNTA, *La riforma*, cit., p. 33, secondo il quale, peraltro, il legislatore avrebbe cercato di distribuire « in modo salomonico » le due tutele.

⁽²⁵⁾ In precedenza, tale brevissimo termine di decadenza era previsto soltanto per il licenziamento ingiustificato: DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht* 2, cit., p. 652.

economico-organizzativi ⁽²⁶⁾. Esso però lascia integro il principio secondo il quale il licenziamento illegittimo non è in grado di interrompere il contratto di lavoro. Se vogliamo, gli effetti pratici della nuova previsione (che testimoniano una notevole diffusione della nuova *Abfindung*) avvicinano maggiormente il sistema tedesco ai molti altri europei (Francia, Spagna, Regno Unito, Portogallo), nei quali si prevede, in occasione di licenziamenti per motivi economici, l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere in via generalizzata e automatica ai lavoratori in esubero un'indennità che tenga conto dell'anzianità aziendale. Ma come ben evidenziato da Pedrazzoli, questo non era il caso dell'Italia prima della riforma Fornero, e non lo è nemmeno dopo ⁽²⁷⁾. Il modello tedesco di tutela contro i licenziamenti, nonostante gli sforzi più e meno recenti di una parte della dottrina ⁽²⁸⁾, continua a essere conosciuto nel nostro Paese più per slogan che nei suoi reali contenuti.

MARCELLO PEDRAZZOLI

SULLA « FLESSIBILITÀ IN USCITA » IN EUROPA:
NOTE COMPARATE

1. Contenuto e intento di un programma comparativo. — 2. L'importanza-prevalenza delle ragioni oggettivo-economiche nel licenziamento e la dimensione di welfare che esso ne acquista. — 3. Equivalenti funzionali delle, e varianti funzionali nelle, discipline del licenziamento: gli esempi dell'*Anhörnung* del *Betriebsrat* e della autorizzazione amministrativa a licenziare. — 4. La giustificazione del licenziamento: i « motivi » giostrano su tre piani (l'ambigua causalità del licenziamento). — 5. Vaglio di ultima istanza e moduli del sillogismo della giustificazione. — 6. Variazioni e modelli nelle conseguenze sanzionatorie: sistemi monistici e sistemi dualistici. — 7. Qualche nota conclusiva dopo la riforma Fornero (*duo sunt genera recessus*).

⁽²⁶⁾ GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti*, cit., p. 120.

⁽²⁷⁾ PEDRAZZOLI, *Licenziamenti*, cit., p. 331.

⁽²⁸⁾ V., senza pretesa di completezza, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1961; M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in « Rivista italiana di diritto del lavoro », I (2005), p. 365 e ss.; R. SANTAGATA, *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, parti I e II, in « Lavori diritti mercati », (2012-2013), rispettivamente p. 543 e ss. e p. 101 e ss.; nonché GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti*, cit., e NOGLER, *La nuova disciplina*, cit., in più luoghi.

1. *Contenuto e intento di un programma comparativo.*

Nell'insegnamento bolognese di « Diritto del lavoro comparato e transnazionale », prescelto nei miei anni « maturi », lo studio dei licenziamenti in Europa mi sembrò verso fine 2011 una tappa obbligata. Finalmente si annunciava anche da noi una riforma e il fatto meritava di avere una cornice realistica, che peraltro poteva essere conseguita solo con un notevole sforzo, analitico e insieme sistematico: troppe le regolamentazioni di raffronto sul tappeto, troppe le varianti nella combinazione delle loro componenti, troppa la distanza di contesto socio-politico e di sapere amministrativo dei paesi da considerare. Bisognava elaborare una griglia delle questioni, duttile, trasversale e comprensiva, e affrontare tutte queste diversità.

Se un risultato l'operazione ha avuto — e il libro aspirerebbe a testimoniarlo — il merito è specialmente dei giovani che vi hanno collaborato. Invero, per un paio d'anni, mentre sullo sfondo la vicenda italiana si veniva finalmente evolvendo, siamo stati impegnati nell'approfondimento paziente e circostanziato dei sistemi normativi. Abbiamo concentrato in particolare l'attenzione su cinque di essi, sempre avendo alla base la discussione autoctona, e mai annacquamenti in lingua inglese. Desidero anzi rimarcare che in un'apposita appendice del libro sono a disposizione, con attenta scelta, le norme originarie più rilevanti. Giulio Centamore si è dedicato alla comprensione della Francia, Sabrina Grivet-Fetà della Germania, Luca Ratti della Gran Bretagna, Federico Martelloni del Portogallo, Chiara Pederzoli della Spagna.

Fuori da questo coro di ricognitori, il sistema italiano riformato è stato illustrato da Riccardo Del Punta, nel caso ancor più autorevole del consueto, determinando così una solida ossatura del progetto di comparazione. Nel libro sono poi raccolti anche due importanti interventi di Luca Nogler e di Adalberto Perulli, che si cimentano con acume in svariati aspetti di raffronto. Nel mio saggio conclusivo provo infine a tirare le fila dell'insieme, mettendo in luce l'equifunzionalità di molte soluzioni per identificare nel confronto quella più adatta al contesto nazionale: un'operazione a cui accludo valore pratico, come esercizio di *benchmarking* che consente di scegliere il meglio (relativo), tenendo conto di come erano le norme prima e come sono dopo la riforma Fornero.

Nel seguito riassumo alcune delle considerazioni svolte, senza indicarne i riscontri, disseminati in lungo e in largo nel libro a cui giocoforza si deve rinviare.

2. *L'importanza-prevalenza delle ragioni oggettivo-economiche nel licenziamento e la dimensione di welfare che esso ne acquista.*

Da quando ovunque si è verificato il caratteristico passaggio ad

una disciplina specifica dei licenziamenti (in Italia addirittura a due: v. *infra* nt. 9) che, collocandosi a fianco di quella di diritto comune, duplica i regimi di trattamento in materia (passaggio che principia con la legge tedesco-federale del 1951), sono da distinguere tre capitoli: (a) presupposti o requisiti sostanziali — cause, ragioni o motivi — che rendono legittimo l'atto o, di contro, lo vietano; (b) forma, compreso il procedimento, da osservare nel disporlo; (c) rimedi, infine, ovvero conseguenze sanzionatorie stabilite dall'ordinamento in caso di assenza di presupposti, violazione di forma e/o vizi vari del licenziamento stesso.

Prima di illustrare qualche aspetto di questi tre punti di vista vanno però fatte alcune premesse di fondo o di metodo. Anzitutto, nel mezzo secolo o anche più, in cui si svolge il cambiamento, l'importanza rispettiva dei tipi di motivi che presiedono al licenziamento — le ragioni, noi diremmo, soggettive ed oggettive — si è del tutto modificata nella realtà effettuale. Mentre nell'introdurre il famoso art. 18 dello Statuto i legislatori del 1970 hanno sempre in mente, solo e unicamente, il licenziamento per ragioni soggettive (disciplinare, di rappresaglia o discriminatorio), quasi che solo esso esistesse nella realtà, a partire dagli anni '80 viene comunemente percepita l'assoluta prevalenza dei licenziamenti di tipo oggettivo od economico, specie di massa (riduzioni di personale).

Essi riguardano del resto — azzardo semplici statistiche, che da noi non sono per nulla curate — più del 95% dei licenziamenti (anche se i repertori, proponendo equanimemente nella stessa misura casi di licenziamenti dell'uno e dell'altro tipo, possono suggerire una fallace impressione in proposito). Il cambiamento d'ottica che ne deriva è dimostrato dalla circostanza che, da tempo esistono discipline differenziate del licenziamento economico imperniate sull'attribuzione, con funzione più o meno formalmente transattiva, di una indennità monetaria ⁽¹⁾: una regola che ha il pregio di deflazionare drasticamente il contenzioso.

Alla preminenza soverchiante del licenziamento oggettivo-economico sta altresì dietro, ad esempio, l'esigenza che del licenziamento sia precalcolabile (certo pure l'esito nel merito, ma specialmente) il costo, che dipende per lo più o anche (come noi ben sapevamo), dalla durata del processo, o più latamente dal funzionamento della giustizia ⁽²⁾. Più in generale, la preminenza in esame chiarisce che è un atto di massima autorizzato negli ordinamenti dell'economia di mercato a

(1) Sono i casi della *redundancy* (dal 1965 nel Regno Unito), del licenziamento per *causas objetivas* da incapacità di lavoro o da esigenze dell'impresa (dal 1977 in Spagna), del *despedimento por inadaptação e/o por extinção do posto* (dal 1978 in Portogallo), o infine della *betriebsbedingte Kündigung* (dal 2004 in Germania).

(2) È stata questa, per bocca di importanti economisti, una vera e propria ossessione dei francesi, intorno al 2005, che pare essersi stemperata negli ultimi anni,

causare il principale problema delle società e delle economie odierne: un atto imprenditoriale lecito in forza del quale il lavoratore incolpevole è esposto ad un diffuso e crescente rischio sociale. Ne viene che il licenziamento (economico) si rivela in effetti un problema di welfare e pure in tale ottica esige di essere affrontato (il che non ha senso dire per il minoritario licenziamento soggettivo).

Ricapitolando, i licenziamenti realizzano bensì, tutti, la risoluzione del contratto mediante un atto privato unilaterale, ma traggono senso e configurazione da due istituti diversi: uno che attiene all'inadempiimento, e implica colpa del lavoratore, l'altro, drammaticamente imperversante, che attiene di fondo alla impossibilità sopravvenuta, con un allargamento, nel contesto delle compatibilità di un'economia globalizzata, alla semplice *difficultas*, posto che basta ora questa a legittimarlo. Di tal fatta è il solco che rende i licenziamenti due istituti diversi (v. pure la conclusione, al n. 7), per cui annacquarli nel dibattito e nelle proposte crea ingorghi, aporie e inefficienze esplicative. Forse, per attingere più chiarezza, basterebbe chiedersi sempre se un certo assunto attenga al (solo) licenziamento soggettivo, o invece al (solo) licenziamento oggettivo, ovvero, più di rado, a entrambi.

3. *Equivalenti funzionali delle, e varianti funzionali nelle, discipline del licenziamento: gli esempi dell'Anhörung del Betriebsrat e della autorizzazione amministrativa a licenziare.*

La centralità del licenziamento per ragioni oggettivo-economiche, la cui diversità è variabilmente percepita nei sistemi esaminati, influenza l'approccio al problema e alla selezione delle tecniche normative per affrontarlo. Per incominciare, in alcuni paesi una protezione legislativa espressa contro il licenziamento *ex post factum* o per impedire l'uscita, non è affatto al centro del discorso. In un contesto che potremmo dire di *flexsecurity*, si punta piuttosto a realizzare, invece, il funzionamento più efficiente del mercato del lavoro e dei meccanismi che riquilicano i lavoratori. In tal modo risultano a volte predisposti i congegni di una ammirevole « oliatura » dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro (evitando gli attriti che, secondo la nota curva di Beveridge, lasciano inevasa in parte la copertura di tutti i posti offerti).

L'importanza assorbente di un siffatto modo più ampio di considerare la tutela del lavoro, è dimostrata da una semplice osservazione:

dopo i fallimenti delle ipotesi di *contrat de nouvelles embauches* (CNE) e di *contrat première embauche* (CPE), con la successiva previsione della *convention de rupture*, istituto che ha avuto una buona diffusione. Una evoluzione che dovrebbe far riflettere sulla perdurante insistenza italiana — anche nei discorsi relativi al cd. Jobs Act — ad attendersi su ipotesi di cd. contratto unico (a tutele crescenti).

se la perdita del posto fosse di breve durata, ovvero, in altre parole, se il *turn-over* nelle transizioni (fra lavoro e disoccupazione, o anche fra lavoro deterioro e formazione professionale) fosse rapido e incalzante, le rigidità in uscita potrebbero essere allentate, perché vi è meno bisogno di proteggere il lavoratore contro l'atto di licenziamento in sé. Da questo punto di vista, la rigidità di protezione contro il licenziamento si rivela un segnale ambiguo, intriso di impotenza e di evasività. Indica infatti che gli argini alla flessibilità in uscita sono tanto più alti (e disperati), quanto più la disoccupazione che deriva dal licenziamento è di lunga durata.

Nella nostra indagine non è stato possibile ricomprendere i paesi che più visibilmente imperniano la tutela del posto su una concezione del diritto al lavoro più complessa di quella che esprime la diretta protezione legislativa contro il licenziamento. Ma anche se il nostro campo di comparazione non è esteso a tanto, è ben chiaro che quanto avviene in Danimarca e nei paesi scandinavi, e per alcuni aspetti in Austria⁽³⁾ e Olanda, istituisce soluzioni funzionalmente equivalenti. Semplicemente, in tali paesi la tutela in senso stretto contro i licenziamenti assume un valore secondario, il buon funzionamento del mercato del lavoro un valore primario e prioritario.

Questa attitudine a conseguire, con norme e istituzioni diverse, risultati regolativi per equivalenze funzionali, si verifica non solo nel senso appena detto, verso l'esterno, ma pure dentro le stesse discipline del licenziamento *stricto sensu*. Invero negli ordinamenti si hanno combinazioni assai diverse dei coefficienti della protezione distinguibili nei tre capitoli che ho sopra accennato (motivi, o cause, o requisiti sostanziali; forma e procedimento o requisiti formali; rimedi o conseguenze sanzionatorie).

Per fare un primo esempio, nell'ordinamento francese il lavoratore colpito — si tratti di *licenciement pour motif personnel* ovvero *pour motif économique* — in ogni caso deve essere previamente convocato dall'imprenditore ad un colloquio (*entretien préalable*). Viceversa il lavoratore tedesco non deve essere sentito previamente neppure se il licenziamento è disciplinare (*verhaltensbedingt*)⁽⁴⁾. Una tale distanza abnorme, a scapito del lavoratore tedesco, è però compensata da un elemento, formatasi ancora al tempo di Weimar, col BRäteG del 1920, per il quale nel licenziamento deve essere previamente coinvolto l'or-

(3) Basti pensare che il giudice austriaco, per stabilire l'entità delle conseguenze indennitarie del concreto licenziamento, valuta (avvalendosi dei dati costantemente registrati e offerti dai servizi per l'impiego) quali difficoltà e tempi il lavoratore potrà prevedibilmente incontrare nell'acquisire un posto di lavoro equivalente nella zona di residenza.

(4) Tranne il caso, secondo la giurisprudenza del BAG, che il motivo del licenziamento non abbia altra base che il sospetto (*Verdachtskündigung*).

gano istituzionale di rappresentanza dei lavoratori in azienda (*Betriebsrat*). Il disposto per cui il datore di lavoro deve comunicare a quest'organo, a pena di inefficacia dell'atto, il suo intento di licenziare e i motivi su cui sarebbe sorretto, costituisce il fattore più efficace della serietà e sostenibilità dell'atto. Invero nel (raro) parere negativo, il *Betriebsrat* argomenterà la mancanza di « legittimità sociale » (una *soziale Unge-rechtfertigkeit*), il che non può non essere apprezzato dal giudice eventualmente poi adito (i tribunali di lavoro sono a composizione mista: accanto al presidente togato, ci sono due giudici laici, nominati dai contrapposti versanti).

In questo sistema virtuoso, la ragionevolezza e la plausibilità delle ragioni sono sottoposte al vaglio di un controllo di ordine collettivo per cui non stupisce che altri profili della protezione, così ben surrogati, possono essere lasciati in sordina: qui il *self restraint* è di casa, non occorre altro per indurlo.

Una selezione-promozione delle buone ragioni è ottenuta in modo paragonabile quando la valutazione-decisione se il recesso è ammissibile è affidata a un terzo, e cioè all'organo amministrativo del lavoro, come tuttora avviene in Olanda per tutti i licenziamenti anche individuali (e ciò quale residuo di una regola autoritaria e repressiva, introdotta dai nazisti fin dalla loro occupazione del paese nel 1940); nonché per i licenziamenti collettivi ancora in Germania (in Spagna il meccanismo è cessato con la riforma del 2010). Anche in caso di previa autorizzazione amministrativa, dunque, la serietà delle ragioni del licenziamento è assicurata perché non si può affatto sgarrare. Insomma, una regola di origine non propriamente onesta, in un contesto diverso acquista inaspettate virtù.

4. *La giustificazione del licenziamento: i « motivi » giostrano su tre piani (l'ambigua causalità del licenziamento).*

Uno degli aspetti più rimarchevoli che accompagna lo sviluppo delle discipline in materia concerne la cd. causalità del licenziamento. Per essere legittimo, quando non sia vietato, il licenziamento deve essere giustificato, vale a dire sorretto su « motivi », o « cause », o « ragioni », o « presupposti (di fatto) », o « requisiti (sostanziali) » che l'ordinamento richiede per autorizzarlo. La giustificazione è da più di mezzo secolo necessaria, eppure su questo carattere indiscusso perdurano non pochi fraintendimenti e sopravvalutazioni. Invero, i termini (segni linguistici) alternativi sopradetti, di significato equivalente, non sono usati nel discorso giuridico-applicativo ad un unico livello logico-argomentativo, bensì a tre diversi livelli: nei primi due i « motivi », « cause », ecc. si riferiscono ad elementi normativi che concorrono a costituire la premessa maggiore (PM) del sillogismo della giustificazione; nel terzo livello i « motivi » ecc. attengono invece al fatto concreto,

sono i motivi reali ed effettivi, che giostrano nella premessa minore (pm) del sillogismo.

Tale sovrapposizione di piani in cui opera (semanticamente e pragmaticamente) lo stesso segno, determina confusioni, aporie e inter-scambi di rilevanza, che sono presenti, anche se in misura differente, in tutti gli ordinamenti investigati. È un punto così essenziale che va brevemente esplicitato, partendo dal più alto grado di astrazione per scendere in basso, a quello più concreto.

In alto, con « motivi » ecc. si indicano anzitutto le caselle classificatorie nelle quali un licenziamento in carne d'ossa, fra tutti quelli che possono darsi, deve poter essere collocato. Di tal fatta sono le contrapposizioni ampie e generali (*rectius*, detto bobbianamente, le dicotomie esaustive) come: motivo soggettivo *vs* oggettivo in Italia; *motif personnel vs économique* in Francia; *despido disciplinario vs extinción por causas objetivas* in Spagna. Invece di una bipartizione, in Germania (e Austria) abbiamo una tripartizione, stabilendo la legge che il licenziamento è « socialmente legittimato » solo se è ricollegabile al « contegno » del lavoratore, alla « persona » (in senso oggettivo) dello stesso, o a « presanti esigenze aziendali ».

Di massima le contrapposizioni in esame « mostrano » soltanto dove un certo licenziamento concreto vada *ex post* situato (in quale delle due o tre caselle), ma non dicono nulla sul come vada risolto il quesito di fondo, se cioè un certo concreto licenziamento sia giustificato o meno. In questo giudizio, anche per la genericità o povertà indicativa specifica delle locuzioni usate, le classificazioni degli ambiti dei motivi che abbiamo ricordato per Italia, Francia, Spagna e Germania, sono « mute », in quanto indicazioni di tipo solo situazionale-tautologico (del tipo: ora o è giorno, o è notte) ⁽⁵⁾. Non posso qui addentrarmi in varianti ulteriori, necessarie per illustrare il Portogallo ⁽⁶⁾ e il Regno

⁽⁵⁾ Non trovando espressioni migliori, ho denominato « ostensive » (o auto-ostensive) tali caselle classificatorie, cercando di evitare qualche confusione (e pure qualche illusione, con riguardo alla « causalità » del licenziamento, che ben poco realizzano). Definisco altresì le dette classificazioni « macro-motivi » o « ambiti dei motivi », proprio per segnalare la loro infecondità in ordine al giudizio di giustificazione.

⁽⁶⁾ Nell'ordinamento portoghese si verifica un assetto diverso che va rimarcato. La tripartizione costituita dal *despedimento por facto imputável ao trabalhador* e da quelli « per estinzione del posto » e « per inadattamento » — che è forse da intendere come una quadripartizione, in quanto il licenziamento collettivo pare aggiungersi, come *species a sé*, alle figure menzionate — presenta nei suoi termini definizioni più ricche e analitiche, indicando pure qualche elemento normativo (*requisitos*) nei disposti che fanno da contorno, per cui l'esito di queste configurazioni è più specifico e apparentabile ad una fattispecie di giustificazione. Qualcosa di simile, con una tecnica però diversa, vale pure per la Spagna, come subito dirò nel testo.

Unito (7). Basti il pensiero che in quegli ordinamenti, la fattispecie che costituisce la PM del sillogismo di giustificazione non viene offerta per le ragioni già dette, dai « macromotivi », ma da una complessa previsione di regole specificative, fornite dalle più varie fonti (legge, contrattazione collettiva, elaborazione di principi, diritto vivente) che tessono la tela dei « motivi », « cause », « ragioni » ecc. richieste dal diritto per autorizzare il licenziamento.

Le tecniche con cui negli ordinamenti citati avviene questa specificazione della causalità sono le più varie. Così, in Spagna, alle due classi viste di contrapposti macromotivi sono legislativamente annessi in modo analitico elenchi per così dire tipizzati di vere e proprie fattispecie di giustificazione (per il licenziamento disciplinare, vedi l'elenco tassativo di sette ipotesi dell'art. 54 ET; per le cause oggettive di estinzione, v. l'elenco di cinque ipotesi dell'art. 52 ET). In Germania i licenziamenti latamente oggettivi (quelli *personenbedingt* e *betriebsbedingt*) sono « socialmente legittimati » solo se è osservato l'obbligo di *repêchage*, comprendente per legge pure la formazione al lavoratore da impartire allo scopo. Anche in Italia, il ripescaggio si è imposto come elemento della giustificazione, ma per una via diversa da quella legislativa espressa, nel senso che l'obbligo discende dal « diritto vivente », e cioè dalla costante giurisprudenza che l'ha determinato: una variante che enfatizza la funzione valutativa del giudice e operazionalmente non si discosta dalla soluzione germanica, ma non comprende però l'obbligo di formare il lavoratore perché sia in grado di ricoprire il posto eventualmente « ripescato ».

5. *Vaglio di ultima istanza e moduli del sillogismo della giustificazione.*

Tralasciando altri dettagli e distinzioni, provo a stringere il discorso sul se e come si inverte la causalità del licenziamento. Si è visto che « motivi », ecc. significano poco o niente al primo livello, ma si esprimono al secondo livello in molteplici guise, il che consente al giudice di aver a disposizione la PM, *alias* la fattispecie di giustificazione. Fin qui siamo per così dire nel linguaggio della norma.

Senonché i « motivi », o le « cause » ecc., esistono pure nella realtà, e quindi nel linguaggio dei fatti. Sono i motivi — dichiarati, o nascosti, o dimostrati — che presiedono al concreto licenziamento, quelli

(7) Sta un po' a sé, per peculiarità varie, lo *statute law* inglese, nel quale è meno pronunciata la distinzione di piani che sto enucleando. Invero esso è pragmaticamente aperto anche a ipotesi non determinate specificamente, come mostra la Sez. 98 (2) ERA, in cui si indicano come motivi *capability and qualification, conduct e retirement*, ma si aggiungono pure *some other substantial reasons* (gettando direttamente un ponte verso i motivi concreti del singolo licenziamento, che è il terzo livello di cui discorro).

che corrispondono (o dovrebbero corrispondere) alle ragioni effettive per cui un licenziamento è stato adottato. A tale terzo livello, quello della realtà, una qualche ragione del licenziamento esiste comunque, magari arbitraria o illecita. E questa ragione svolge un ruolo fondamentale perché costituisce la premessa minore (pm) del sillogismo.

La questione vera è quindi se la ragione effettiva del licenziamento (pm) rientri nella, o sia riconducibile alla, PM, costituita dalla fattispecie di giustificazione, in modo che il giudice possa trarne la conclusione (*ideo*), positiva o negativa. Proprio rispetto a questo momento logico a volte si riscontra negli ordinamenti che al giudice è assicurata la possibilità di un vaglio dirimente, di ultima istanza, circa la rilevanza o sufficienza dei motivi di licenziamento concretamente adottati. A ben vedere un primo vaglio è implicitamente coesteso già al principio del libero convincimento. Ma in un paio di ordinamenti tale accorgimento selettivo è previsto in modo esplicito con formulazioni che sono assimilabili a una clausola generale.

Secondo il *Code du Travail* francese, qualsiasi licenziamento, sia esso di tipo personale o economico, deve avere a base una *cause réelle et sérieuse*: formula semplice, eppur stringente, con la quale si esige, da un lato la reale ed effettiva sussistenza dei motivi addotti, dall'altro la indispensabilità della misura espulsiva per far fronte all'esigenza che corrisponde ai motivi stessi. Per questo aspetto il criterio francese non pare lontano dal principio di *extrema (ultima) ratio*, a cui deve soggiacere in altri ordinamenti, come quello tedesco, il recesso datoriale dal rapporto di lavoro.

Qualcosa di paragonabile a questo richiamo alla verità, alla proporzione e alla lealtà comunicativa è previsto nel sistema statutario inglese, laddove si richiede, per valutare la *fairness* dell'atto espulsivo, se esso rientri in una « gamma di risposte ragionevoli » dell'imprenditore. Non solo, quindi, vale che il licenziamento dipenda dalla esuberanza di personale, dalla capacità e rendimento, dal comportamento e dal pensionamento del lavoratore, o da « qualche altra ragione » (v. ERA, Sez. 98 (2)): per decidere se il licenziamento è giustificato (*fair*) in ogni caso deve esserci il controllo ulteriore di *reasonableness*.

In definitiva e riassumendo: il giudizio sulla giustificazione si svolge negli ordinamenti raffrontati in modo assai diversificato, in ragione delle tecniche definitorie usate per identificare le causali che legittimano il licenziamento, per cui risulta disomogeneo il grado di prevedibilità dell'esito giudiziario. Possono in proposito essere enunciate tre direzioni di marcia, se non proprio modelli di giudizio. Nei due sistemi iberici, il legislatore offre in misura maggiore elementi definitori della giustificazione, specificandosi anzi, in quello spagnolo, elenchi tassativi di ipotesi. Nel modulo tedesco-italiano, il mutismo delle dicotomia e della tripartizione di fondo, è compensato da dati legislativi e/o di diritto vivente, ovvero da principi che integrano i motivi richiesti dall'ordinamento per legittimare il licenziamento (una integrazione per vero che, in diversa misura, è comune pure agli altri ordinamenti). Nel

modulo franco-inglese, infine, al giudice pare garantita una libertà ancora maggiore di giudizio, ma il suo vaglio deve comunque misurarsi sugli indici ulteriori ed espressi della « causa reale e seria » e della « ragionevolezza », incorporati nelle relative formulazioni di chiusura.

6. *Variazioni e modelli nelle conseguenze sanzionatorie: sistemi monistici e sistemi dualistici.*

Quali sono le conseguenze se un licenziamento è vietato, o contro i principi costituzionali, o discriminatorio, o illecito, ovvero semplicemente ingiustificato, oppure ancora irrituale o disposto senza l'osservanza del procedimento? Sono giunto così all'aspetto più intrigante della materia, come dimostrano anni di incomprensioni e fraintendimenti, che sono state con abbondanza replicati da ultimo nella discussione che ha accompagnato la riforma Fornero.

Se debba esserci la reintegrazione o l'indennizzo, come e quando — la domanda in soldoni — non è affatto semplice dire. Andando all'essenziale, spero con ordine (d'obbligo il rinvio al libro per esplicazioni specifiche di dettaglio, o di sintesi), partiamo dal dato che il licenziamento è un negozio giuridico unilaterale che, se efficace, determina l'estinzione del rapporto di lavoro, privando il prestatore del posto. Considerando che già la volontà dell'atto conduce all'effetto di estinguere il rapporto, è stato improvvido stabilire — nel 1970, con l'art. 18 Statuto — che l'« inefficacia » del licenziamento sia una delle *species* dell'« illegittimità » dello stesso, accanto alla « nullità » e alla « annullabilità ». Una siffatta triade, ha reso da noi disarmonica, se non ingestibile, la costruzione dogmatica dell'istituto, inabissandola nelle astrusità e complicazioni⁽⁸⁾, perché impedisce di comprendere che l'azione di impugnazione del licenziamento ha in buona sostanza ad oggetto l'accertamento *ex post factum* (dopo cioè l'estromissione dal lavoro che di fatto è comunque avvenuta) se il rapporto giuridicamente perduri ancora o meno.

Se si parte invece da tale precisazione, al riscontro comparato

(8) Anche trascurando il contorcimento connesso all'operare dell'inefficacia del licenziamento (in caso di vizi di forma), si consideri che, alla nullità consegue una sentenza dichiarativa che lascia intatto il rapporto di lavoro, in quanto nel caso il licenziamento *nullum producit effectum*; mentre l'annullabilità (per difetto di giustificazione) comporta una sentenza costitutiva, per la quale si deve considerare che il rapporto di lavoro sia perdurato fino alla sentenza ... per demolirlo retroattivamente con efficacia *ex tunc*: solo rispetto a questa faticosa vicenda appare del resto consono il termine « reintegrazione », dovendosi negli altri casi parlare, appunto, di prosecuzione del rapporto, come avviene in altri sistemi. Per i tedeschi, e austriaci, ad esempio la parola d'ordine è « prosecuzione nell'occupazione » (*Weiterbeschäftigung*).

risultano due tipi di soluzioni di fondo. In certi ordinamenti, che chiamo « monistici », il giudice che accerti essere stato il licenziamento disposto in violazione di un divieto, in modo illecito o discriminatorio, carente di giustificazione, con vizi di forma e/o di procedimento, ecc., di fronte all'inefficacia dell'atto invalido dichiara che il rapporto di lavoro non si è risolto (*id est*: che prosegue). Tale conclusione comporta, di principio, che il rimedio in conseguenza sancito sia soltanto uno, di massima quello di tipo ripristinatorio o reintegratorio. In altri ordinamenti, che chiamo di contro dualistici, la valutazione se continui o meno il rapporto di lavoro, dopo un licenziamento *lato sensu* illegittimo, varia a seconda della intensità maggiore o minore del vizio che l'affligge, variazione che dipende, a volte, anche dal tipo di motivo retrostante. In breve quando il licenziamento è inficiato da un vizio più grave, o da motivi che comportano la nullità dell'atto, ne seguirà un rimedio ripristinatorio, dato che il rapporto di lavoro non si considera inciso; quando il vizio è meno grave, invece, il rapporto di lavoro si considera comunque aggredito validamente, nonostante il licenziamento risulti per così dire difettoso, conseguendo allora alla sua estinzione il diritto del lavoratore ad una misura indennitaria.

Appartengono a questo secondo gruppo Francia e Spagna, i cui ordinamenti presentano un gradualismo dei rimedi, per il quale è stabilita la reintegrazione nei licenziamenti nulli e invece solo l'indennizzo, da ultimo con abbattimenti nella sua misura, se il licenziamento è soltanto irregolare, ovvero *improcedente*, o anche ingiustificato.

Al primo gruppo (sistemi monistici), appartengono Portogallo, Germania, Austria e Regno Unito, nonché Italia prima della riforma Fornero, ancorché per la sola area di tutela cd. forte ⁽⁹⁾. Le precisazioni che seguono su di essi sono di particolare rilievo nel completare e articolare il discorso comparato sulle conseguenze sanzionatorie.

Va premesso che il sistema portoghese è il più rigido — come quello della tutela cd. forte in Italia, prima della riforma — potendosi evitare la *reintegração* solo nelle *microempresas* (meno di 10 addetti) o per i dirigenti, e soltanto se sussistono le ragioni richieste dal *Código*. Viceversa, nel sistema tedesco e in quello inglese, sull'accertamento cardine relativo all'inefficacia o meno del licenziamento viziato o, per

(9) La singolarità italiana (prima e, in termini diversi, pure dopo la riforma) è data anche dall'esistenza in materia di due discipline per così dire speciali (e cioè contrapposte al diritto comune): quella, per semplificare, prevista per le unità sopra i 15 addetti e quella prevista per le unità sotto i 16 addetti. Per questa seconda disciplina, corrispondente alla cd. tutela debole, vi è però da osservare che la unica conseguenza sanzionatoria stabilita non è di tipo reintegratorio, come nell'area cd. forte prima della riforma, bensì di tipo indennitario. Con la conseguenza che quello italiano era sistema doppiamente monistico, ma in termini inversi. Su come le cose stiano dopo la riforma, cfr. comunque i cenni nel paragrafo conclusivo (*infra*, n. 7).

meglio dire, della perduranza o meno, in senso giuridico, del rapporto di lavoro, può essere innestata, di massima dal datore di lavoro soccombente, una ulteriore vicenda processuale nella quale si fanno i conti con la situazione concreta che ha dato luogo al licenziamento o che comunque si è prodotta nei fatti per un periodo più o meno lungo, dato che il lavoratore è stato effettivamente estromesso dall'azienda.

In questa successiva, ed eventuale, appendice, viene dunque concretamente al pettine la questione se sia o meno opportuno che il lavoratore riprenda servizio, ovvero se non sia più confacente evitare che avvenga. La questione viene valutata a sé, nel suo proprio merito, sulla base dei dati di fatto che i contendenti possono in contraddittorio addurre e applicando principi di bilanciamento di interessi e ragioni contrapposte. Inutile aggiungere che, se la *Weiterbeschäftigung* e/o il *re-employment* vengono negati, o il lavoratore stesso sceglie tale strada, deve essere disposto un adeguato indennizzo ⁽¹⁰⁾.

7. *Qualche nota conclusiva dopo la riforma Fornero* (duo sunt genera recessus).

Se quanto ho provato a estrarre dalla comparazione riveste qualche valore esplicativo — il che era negli auspici — come può essere inquadrato il sistema italiano dopo la riforma? Alcuni difetti vistosi sono stati attenuati se non debellati, *in primis* l'onnipervadenza esclusiva del rimedio massimo, la reintegrazione, strumento distorto che, senza gradualità, presiedeva i circa nove milioni di rapporti di lavoro che fruiscono della tutela cd. forte.

Diciamo però anche, senza farla lunga, che con le distinzioni così introdotte il sistema è diventato più complicato per cui non ne è agevole l'inquadramento. Per un verso è contrassegnato dall'istanza dei sistemi dualistici, giacché nella prima parte del nuovo art. 18 (commi 1-3), quando il vizio del licenziamento è più grave e/o assiologicamente sensibile, viene stabilita una tutela universale (non differenziabile in aree), imperniata sulla reintegra, che è quindi applicata, nella versione più intensa, in ogni caso di nullità dell'atto.

Al di sotto di questo massimo generale sono previsti rimedi in graduazione, compresi indennizzi, un po' come avviene in Francia e

⁽¹⁰⁾ Di rado, nella prassi dei due ordinamenti riassunti, si giunge a tale *punctum pruriens*, per una serie di fattori non solo normativi e/o processuali, ma pure ideologici o di contesto, che vanno dal maggior controllo nel funzionamento del mercato del lavoro, alla attrattività anche di misure di indennizzo monetario, fino alle concezioni sulla efficienza aziendale o la durata del turn-over che rendono meno conflittuale l'alternativa della *compensation*. La mia esposizione non intendeva essere edulcorata, ma rappresentare una diversità.

Spagna ... se a questo punto il discorso non si attorcigliasse. Giacché, fuori dalla zona della nullità, resta da noi la bipartizione in due aree di tutela, le due discipline speciali in materia, contrapposte a quella diritto comune, che è un *unicum* italiano e che implicano una duplicità, o un raddoppio, della disciplina « speciale ».

Mentre la disciplina speciale dell'area cd. debole costituisce sempre un sistema di tipo monistico — nel senso rovesciato che viene prevista un'unica conseguenza sanzionatoria, quella indennitaria, come già ricordato: v. *retro* nt. 9 — nell'area cd. forte, invece, la combinazione di assetti è talmente mossa da risultare ora indecifrabile. Dismessa l'onnipervadenza ottusa della reintegrazione, a seconda dei tipi di motivi e delle peculiarità dei vizi sono variamente stabilite conseguenze remediali diverse — una di tipo ripristinatorio e due di tipo indennitario — che sono differenziate in base ad elementi non proprio chiaramente delineati. Su come debba intendersi questa sorta di « tariffario », come lo ha definito Claudio Consolo, non ci soffermiamo nella presente occasione. Dopo inevitabili oscillazioni, la giurisprudenza avrà modo di esprimersi e consoliderà punti più fermi.

A parte queste incertezze, è poi da rimarcare che nella riforma è penetrata una forte attenzione a comprimere, in ogni caso di applicazione del nuovo art. 18, la lungaggine del processo di lavoro.

Per concludere con un'osservazione di prospettiva, il significato più rilevante del nuovo assetto è che anche da noi è cominciato un cammino, comune agli altri ordinamenti, che ha per epicentro la sempre più netta distinzione fra licenziamento soggettivo e oggettivo. Segnala plasticamente questa nuova sensibilità la previsione, per il secondo tipo, del tentativo obbligatorio di conciliazione, che avvicina finalmente anche il nostro agli altri sistemi sull'aspetto che maggiormente lo distanziava. *Duo sunt genera recessus*, dunque, come non mi stanco di dire. Questo è brutalmente l'avvenire del licenziamento, nel senso che solo nel caso dipenda da ragioni economiche, e cioè quasi sempre, può profilarsi, nel bilanciamento di beni costituzionali, la dimensione di welfare a cui ho accennato all'inizio (al n. 2).

A proposito di ...

PHILIPPE AUDEGEAN

CHI È IL « REO »?
DEI DELITTI E DELLE PENE
SOTTO LALENTE DI UN TRADUTTORE (*)

(A proposito di C. BECCARIA, *Des Délits et des peines - Dei delitti e delle pene* [testo italiano a cura di Gianni Francioni, introduzione, traduzione francese e note a cura di Philippe Audegean] Lyon, ENS Éditions, 2009)

1. Il principio della presunzione d'innocenza. — 2. L'ambiguità del termine « reo ». — 3. Una contraddizione in termini. — 4. Un cambiamento di paradigma.

Nel 2009 è apparsa in Francia un'edizione critica di *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria. Alla sua realizzazione ho dedicato vari anni della mia attività di ricerca. Nel momento in cui cominciai a lavorare alla traduzione del testo, non mi aspettavo di trovare grandi difficoltà. L'italiano settecentesco, com'è noto, risente fortemente dell'influenza della lingua francese. Nella prosa di Beccaria, per giunta, riecheggiano gli stilemi della *philosophie des Lumières*. Inoltre potevo contare, in caso di bisogno, sull'aiuto di chi mi aveva preceduto nell'impresa: dal 1764 al 1966, sono state ben sei le traduzioni francesi del *pamphlet* beccariano.

Nel confronto ravvicinato col testo, purtroppo, le mie illusioni svanirono rapidamente: gli apparenti calchi dal francese si rivelarono spesso ingannevoli; molti furono i passaggi sintattici involuti che mi diedero filo da torcere. Questa faticosa esperienza di traduzione, tuttavia, mi ha permesso di rilevare alcuni problemi lessicali e concettuali piuttosto importanti e spesso trascurati. Nelle pagine che seguono, mi soffermerò su uno di essi, ritenendolo meritevole di particolare attenzione da parte dei lettori di Beccaria.

(*) Ringrazio l'amico Dario Ippolito per la sua lettura fine e attenta di queste pagine, le cui debolezze restano ovviamente solo mie.

1. *Il principio della presunzione d'innocenza.*

Giunto al paragrafo XI, mi trovai a dover tradurre questa frase: « Io non trovo eccezione alcuna a quest'assioma generale, che ogni cittadino deve sapere quando sia reo o quando sia innocente ». Nessuna difficoltà, in apparenza. Certo, la parola *reo* non ha un equivalente in francese; ma esiste la parola *coupable* (cioè « colpevole »), che si adatta bene al contesto: « tout citoyen doit savoir quand il est coupable ou quand il est innocent ». Si perde una sfumatura: da *reo* a *colpevole*, si passa dall'aspetto oggettivo del reato all'aspetto soggettivo della colpa, ma il significato non subisce alterazioni sostanziali. Ogni traduzione, del resto, è il risultato di una serie di rinunce.

Un po' più avanti, nel paragrafo sulla tortura (XVI), ci si imbatte in questa frase: « Un uomo non può chiamarsi *reo* prima della sentenza del giudice ». Con incisiva nettezza, Beccaria enuncia qui il moderno principio della presunzione d'innocenza. Assai diversa era l'antica massima ispirata al diritto romano, *in dubio pro reo*, in cui si rifletteva una cultura giuridica che concepiva l'esistenza di tre categorie di soggetti, quella dei colpevoli veri e propri, perché condannati, quella degli innocenti, immacolati da accuse e sospetti, e infine quella degli imputati, indiziati, accusati: cioè di quei « rei » a cui si applicava la massima. Il principio moderno, forse enunciato per la prima volta da Beccaria, riduce invece i cittadini a due classi nettamente distinte: o si è condannati, o si è innocenti, con ferrea logica del terzo escluso. Anche in questo caso, bisognava dunque tradurre *reo* con *coupable* (« Un homme ne peut être appelé *coupable* avant la sentence du juge »), come aveva fatto la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, non certo immemore di Beccaria, nel suo articolo IX: « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ».

Credevo allora di poter stabilire una definizione certa del termine *reo* in Beccaria: la parola significa colpevole in quanto condannato da un giudice ⁽¹⁾ (o, nel senso esteso del paragrafo XI, colpevole per aver trasgredito la legge e quindi soggettivamente consapevole di essere passibile di condanna da parte di un giudice). Tale definizione è confermata da un passo del paragrafo XIX sul carcere preventivo: « la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo ». Non si può essere più chiari: nessuno è reo finché non è stato giudicato tale.

(1) Cfr. anche, sempre in questo senso, *Dei delitti e delle pene*, § XII: « Il fine dunque [delle pene] non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini ».

2. *L'ambiguità del termine « reo ».*

Ma le cose, purtroppo, non sono così chiare. Torniamo al principio della presunzione d'innocenza. Questo principio, come si è visto, è stabilito nella seconda frase del capitolo sulla tortura: serve a dimostrare che prima della sentenza non si può infliggere alcuna pena, poiché solo la sentenza stabilisce se l'imputato è colpevole. Di qui la conclusione, sotto forma di una domanda retorica, nella terza frase del medesimo capitolo: « Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente? ». Viene qui ribadita con chiarezza la rigida alternativa imposta dal principio d'innocenza appena enunciato: « reo o innocente ».

Ma ecco l'*incipit* del capitolo sulla tortura, che si legge dunque subito prima dei due passi già citati: « Una crudeltà consacrata dall'uso nella maggior parte delle nazioni è la tortura del reo mentre si forma il processo o per constringerlo a confessare un delitto, o per le contraddizioni nelle quali incorre ». Come, in questo caso, tradurre la parola *reo*? Chi viene torturato non è infatti il colpevole, ma l'imputato (« mentre si forma il processo »), designato subito dopo da Beccaria come innocente, del tutto innocente, poiché solo la sentenza può dichiararlo colpevole, ossia *reo* ⁽²⁾. L'autore designa dunque un innocente con un termine al quale ha attribuito esplicitamente il significato di « colpevole ».

Di fronte a quest'aporia, non mi restava che affrontare un'indagine più sistematica sul significato della parola *reo* in *Dei delitti e delle pene*. Mi sono allora accorto che, in molti altri passi, essa non ha il significato di « colpevole ».

Si prenda, ad esempio, l'*incipit* del capitolo XVIII (ove Beccaria critica la prassi che prevede il giuramento dell'imputato): « Una contraddizione fralle leggi e i sentimenti naturali all'uomo nasce dai giuramenti che si esigono dal reo ». È evidente che in questa frase *reo* non significa « colpevole », bensì accusato. E ancora, nel capitolo XIII sui testimoni: « La credibilità [dei testimoni] dunque deve sminuirsi a proporzione dell'odio, o dell'amicizia, o delle strette relazioni che

(2) Ad un certo punto ho pensato che Beccaria volesse ironicamente suggerire che la giurisprudenza di antico regime chiamava « reo » chi non lo era, poiché la sentenza non era stata pronunciata. Se fosse così, bisognerebbe allora davvero capire « colpevole » (« la tortura del [colpevole] »), ma con uno strano effetto di discorso indiretto libero, come se Beccaria avesse scelto di parlare la lingua della giurisprudenza di antico regime proprio per farne risaltare l'assurdità, il non senso. Tale ipotesi mi è sembrata però davvero cervellotica e perciò l'ho scartata.

passano tra lui [il testimone] e il reo ». Impossibile, anche qui, tradurre *reo* con « colpevole », poiché Beccaria descrive una fase della procedura anteriore alla sentenza. Potrei moltiplicare gli esempi, ma salto direttamente alla conclusione.

3. *Una contraddizione in termini.*

Da una parte, Beccaria enuncia a chiarissime lettere il principio di un'assoluta distinzione fra reo e innocente. Tale contrapposizione non passa tanto fra concetti quanto fra nomi: l'essere reo non è infatti una qualità sostanziale della persona, ma un attributo conferito da un discorso performativo, da un *nome* pronunciato dal giudice. Quello che fa Beccaria è dunque stabilire con precisione il significato di un termine, quello di *reo*: « Un uomo non può chiamarsi reo », ecc.

Allo stesso tempo, tuttavia, in altri passi piuttosto numerosi, usa la medesima parola per designare l'imputato: una persona che, secondo gli stessi principi da lui stabiliti, è dunque assolutamente innocente. In questi passi, attribuisce al termine *reo* un significato non solo diverso, ma addirittura opposto.

Non si tratta insomma di una semplice indeterminazione, ma di una vera e propria contraddizione, come si vede ad esempio nel seguente brano tratto dal paragrafo xxx (davvero un incubo per i traduttori!). Beccaria vuole dimostrare che i delitti sono tanto meno frequenti, e dunque tanto meno probabili, quanto più sono atroci: più breve, in questi casi, deve pertanto essere l'indagine giudiziaria.

Conosciute le prove e calcolata la certezza del delitto, è necessario concedere al reo il tempo e mezzi opportuni per giustificarsi [...]. Nei delitti più atroci, perché più rari, deve sminuirsi il tempo dell'esame per l'accrescimento della probabilità dell'innocenza del reo, e deve crescere il tempo della prescrizione, perché dalla definitiva sentenza della innocenza o reità di un uomo dipende il togliere la lusinga della impunità, di cui il danno cresce coll'atrocità del delitto. Ma nei delitti minori scemandosi la probabilità dell'innocenza del reo, deve crescere il tempo dell'esame e, scemandosi il danno dell'impunità, deve diminuirsi il tempo della prescrizione.

Come tradurre l'ambigua espressione di « innocenza del reo », che ricorre ben due volte in questo breve passo, se nella stessa frase viene ribadita la distinzione precedentemente stabilita tra reo e innocente (la « definitiva sentenza della innocenza o reità di un uomo »)?

In *Dei delitti e delle pene* le occorrenze della parola *reo* ammontano a ottantotto (alle quali si aggiungano le tre di *reità*). Lungo tutto il libro, come si è visto, questa parola assume l'uno o l'altro significato, in

modo ambivalente e piuttosto confuso ⁽³⁾. Perciò i traduttori francesi che mi hanno preceduto avevano tutti deciso di interpretare di volta in volta il termine, traducendolo a seconda del contesto con « colpevole » (*coupable*), « accusato » (*accusé*), « imputato » (*prévenu*), « incolpato » (*inculpé*), ecc.

4. *Un cambiamento di paradigma.*

Non importa qui tanto la soluzione che ho personalmente adottato ⁽⁴⁾. Vorrei piuttosto proporre un'interpretazione del fenomeno che, da traduttore, mi è capitato di rilevare.

Tale fenomeno di ambiguità lessicale, di ambivalenza concettuale, persino di confusione logica, illustra il fatto che Beccaria inventa il principio della presunzione d'innocenza usando una lingua inadeguata ad esprimerlo. Scrive infatti nel linguaggio giuridico del suo tempo: un linguaggio che non aveva elaborato un lessico idoneo alla formulazione di tale principio. Nelle lingue europee di antico regime, il doppio senso della parola *reo* non era contraddittorio, perché ogni sospetto, ogni accusato veniva considerato anche come un reo, rientrava nella categoria dei rei ⁽⁵⁾.

Dunque Beccaria inventa il diritto penale moderno con gli strumenti linguistici del diritto antico, del diritto di antico regime. Ed è proprio per questo che gli capita di non fare le distinzioni che contribuisce pure a rendere indispensabili ⁽⁶⁾. Può sembrare paradossale. Ma

⁽³⁾ Come si è visto, la parola può tornare a distanza di poche righe con due significati contraddittori, come nel paragrafo XIV, quando Beccaria stabilisce che « la certezza che si richiede per accertare un uomo reo è dunque quella che determina ogni uomo nelle operazioni più importanti della vita », usando qui la parola *reo* nel senso di « colpevole », prima di rivendicare per gli accusati il diritto di ricusare alcuni giudici, adoperando allora la stessa parola nel senso di « imputato »: « Egli è ancora conforme alla giustizia che il reo escluder possa fino ad un certo segno coloro che gli sono sospetti ».

⁽⁴⁾ Rinvio l'eventuale lettore interessato (o curioso) alla mia *Note du traducteur*, in BECCARIA, *Des Délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 120-123.

⁽⁵⁾ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e Punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1993, p. 46: « Il sospettato, in quanto tale, meritava sempre un certo castigo, non si poteva essere innocentemente oggetto di sospetto ».

⁽⁶⁾ Si percepisce tuttavia una certa evoluzione. Sono scricchiolii, lenti movimenti tellurici. Infatti Beccaria fa sempre più ricorso alla parola *accusato*, le cui diverse forme grammaticali ricorrono due volte nei primi quindici paragrafi, ma cinque volte nel solo paragrafo XVI e otto volte nei paragrafi successivi. Un terzo di queste occorrenze fa parte di aggiunte successive alla *editio princeps* del 1764 e una di loro introduce anche

è il paradosso proprio dei cambiamenti di paradigma: lo stesso testo fornisce gli strumenti che lo rendono contraddittorio. Fornisce gli strumenti teorici che costringono a interpretarlo con parole nuove.

Il libro *Dei delitti e delle pene* fu scritto in un momento di passaggio, un momento di svolta della razionalità giuridica. Sembra scritto nella nostra lingua, perché il linguaggio giuridico moderno si è ispirato a Beccaria. Ma Beccaria non poteva conoscere la nostra lingua: l'unica che conosce è quella del suo tempo. Pensa, però, oltre la sua lingua, sicché per capirlo abbiamo dovuto costruire un'altra lingua. Il suo libro è quindi permeato da un'ambiguità linguistica che paradossalmente lo rende lontano da noi proprio nella misura in cui concettualmente si avvicina a noi.

il termine di *incolpato*. Così, ad esempio, viene prolungata la prima frase del paragrafo XVI sulla tortura: « o finalmente per altri delitti di cui potrebbe esser reo, ma dei quali non è accusato. » E un'aggiunta del 1766 precisa nel paragrafo XXIV: « Sembra che il bando dovrebbe esser dato a coloro i quali, accusati di un atroce delitto, hanno una grande probabilità, ma non la certezza contro di loro, di esser rei [...]. Maggiori dovrebbero essere i motivi contro un nazionale che contro un forestiere, contro un incolpato per la prima volta che contro chi lo fu più volte ».

BARTOLOMÉ CLAVERO

DESAPEGO DE REPÚBLICA
Y CORTOCIRCUITO DE DERECHOS

(A propósito de Rafael Escudero Alday, *Modelos de democracia en España. 1931-1978*, Barcelona, Península, 2013)

¿Habrán quien diga que no son constitucionales los artículos de nuestro Proyecto que prohíben la guerra como medio de política nacional, que establecen la disolución de las Órdenes religiosas, que instauran el divorcio, que suprimen la pena de muerte y los indultos colectivos? Menos todavía puede decirse que no son propios de un Código político los derechos sociales.

Luís Jiménez de Asúa (1931) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, Reus, 1932, p. 52, ampliando su discurso de presentación del proyecto constitucional ante el pleno de las Cortes Constituyentes el 27 de agosto de 1931 en su calidad de presidente de la Comisión de Constitución. Los extremos aludidos quedaron sustancialmente incorporados, con alguna que otra modulación, al texto final. Al autor, penalista de especialidad, se le rindió en vida tributo en el exilio, un exilio que fue de por vida: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, con amplia participación internacional. Otros tributos, ya póstumos, los hay, pero no que se centren en su tarea de significación constitucionalista por razón de materia y por su sensibilidad para con los derechos en el campo penal: *Diccionario Crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos (Hispanícos, Brasileños, Quebequenses y restantes francófonos)*, ed. José Manuel Peláez, Zaragoza, Cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Málaga, 2005-2006, vol. 1, pp. 434-437. Recuérdese su *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia* (1928), 7ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1984, en algunas ediciones con subtítulo más desglosado o con otro segundo: *Vieja y nueva moral sexual*. Se limita prácticamente a reproducir su discurso parlamentario de presentación del texto constitucional Enrique Díaz-Aranda, *El extraordinario Luís Jiménez de Asúa, en Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, Fernando Serrano Migallón (coord.), México D.F., Porrúa, 2003, pp. 189-202. Para una vida paralela de jurista

1. Constituciones, democracia, historia, monarquía. — 2. 1931 versus 1978: I. República, republicanismo, constitucionalidad. — 3. 1931 versus 1978: II. Derechos y garantías constitucionales e internacionales.

1. *Constituciones, democracia, historia, monarquía.*

Modelos de democracia en España. 1931-1978 trata de las dos Constituciones españolas del siglo XX. La primera rigió en territorio español, pues se intentó seguir manteniendo en el exilio, hasta 1939, cuando cayó víctima de la guerra civil provocada por un golpe militar de corte fascista que abriera paso a una larga dictadura; la segunda es la vigente; Constitución una de la Segunda República española y la otra, de la enésima Monarquía. Ambas pueden considerarse en efecto democráticas al menos en sus planteamientos, pues más problemático resulta el calificativo para sus respectivas prácticas, si aplicamos el doble criterio de identificación plausible de una democracia constitucional. Uno consiste en el reconocimiento del sufragio universal de la ciudadanía sin discriminaciones, ni de género ni de ningún tipo, para la legitimación del sistema que instituyen. El otro asume que la participación ciudadana constituye un derecho entre otros derechos, de los personales a los sociales, para cuya promoción y garantía se ponen medios tanto judiciales como políticos. Satisfaciendo de entrada sus textos estos criterios, para ambas Constituciones el principio de no discriminación en materia de derechos es de alcance general sin excepciones (1931, art. 25: «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios»; 1978, art. 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») (2).

exiliado, también penalista, Yolanda BLASCO y Tomás SAORÍN, *Las universidades de Mariano Ruiz-Funes. La lucha desde el exilio por la Universidad perdida*, Murcia, Universidad de Murcia, 2014. Sobre la efectiva devastación de la institución universitaria por la dictadura franquista, Jaime CLARET MIRANDA, *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945*, Barcelona, Crítica, 2006.

(2) ESCUDERO ALDAY no se plantea la cuestión preliminar de las ediciones de los textos constitucionales que utiliza. La que parece más a mano en internet, por tratarse de toda una colección de *Constituciones Hispanoamericanas* históricas y presentes (<http://cervantesvirtual.com/bib/portal/> constituciones) no resulta muy recomendable: comienza por incluir como Constituciones textos dictatoriales y llega a manipular algún texto, como precisamente el del citado art. 25 de 1931; ESCUDERO ALDAY (p. 320) detecta

Hay exposiciones de la historia constitucional española, no sólo manualísticas, que hablan de Constituciones democráticas para otros dos casos, éstos del siglo XIX, de 1812 y de 1869. Hablar de democracia en grado alguno para la primera, la conocida como Constitución de Cádiz por la ciudad donde se ultimó, es un puro despropósito anacrónico ⁽³⁾. Para la segunda tiene más sentido. La Constitución de 1869 considera el sufragio como un derecho entre otros derechos para los que se prevén garantías. Sin embargo, lo que añade o más bien antepone, como elemento de base que ni siquiera aborda, es una serie de discriminaciones, muy en particular la discriminación de género. Aquella Constitución, la de 1869, se refiere un par de veces a « sufragio universal » (la principal en su preámbulo: « La Nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal... »), pero sobrentendiendo que la mujer seguía excluida del universo constitucional, de la participación política como de otros derechos fundamentales. Cuando emplea el masculino, significa masculino (1869, art. 16: « Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar... »; art. 17: « Tampoco podrá ser privado ningún español: Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones... Del derecho de reunirse pacíficamente... Del derecho de asociarse... »; art. 27: « Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos... »). La experiencia de esta Constitución encierra desde luego sumo interés para el registro y la garantía de

lo mismo en colecciones de uso corriente. Una cuidada *working edition* de 1931 se puede encontrar en la recopilación *Constituciones históricas. Ediciones Oficiales*, ed. Raquel Rico, Sevilla, Universidad de Sevilla, 3ª ed., 1999. La edición oficial de 1978 se contiene en una tirada especial del *Boletín Oficial del Estado*, año 318, núm. 311.1, de 29 de diciembre (<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>), con versiones, todas oficiales, en castellano, catalán, gallego, valenciano y euskera o vasco.

⁽³⁾ Marta Lorente y José María Portillo (coords.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011; B. CLAVERO, *Cádiz 1812. Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución*, en estos « Quaderni Fiorentini », 42 (2013), pp. 201-279. Aprovecho para una corrección: si algo cambiaría hoy en mi *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989, sería el capítulo de Cádiz, aparte por supuesto de que introduciría al final lo que 1978 ya lleva recorrido de historia. El epígrafe final sobre la Constitución en vigor (pp. 235-237) respondió a recomendación editorial a la que no supe resistirme: no me veía con perspectiva crítica para ubicar históricamente 1978 sin saber definir bien la causa; según lo veo hoy, todavía estaba cautivo del alivio de la salida de una dictadura organizada para sobrevivir al dictador.

derechos ⁽⁴⁾, y especialmente de los de índole política en el constitucionalismo democrático ulterior, pero esto no justifica en modo alguno que se le catalogue y considere dentro de esta categoría. Sólo las dos Constituciones del siglo XX pueden decirse democráticas ⁽⁵⁾.

Si hacemos abstracción del proceso constituyente que en ningún caso cabe calificar en rigor como democrático, en 1931 por excluirse todavía a las mujeres del sufragio activo en las elecciones constituyentes y en 1978 por no haberse celebrado comicios estrictamente tales ni poder suplirlos un referéndum de texto cerrado sin alternativas constitucionales ⁽⁶⁾, las únicas Constituciones españolas que hayan entrado en vigor y que sean merecedoras de alguna consideración como demo-

⁽⁴⁾ Jesús VALLEJO, *Orden, Libertad, Justicia. Figuración constitucional republicana (1873)*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 67 (1997) (Homenaje a Francisco Tomás y Valiente), pp. 821-845; Carmen SERVÁN, *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1869-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; J. VALLEJO, *Paradojas del sujeto*, en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Carlos Garriga (coord.), México D.F., Instituto Mora-Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2010, pp. 173-199.

⁽⁵⁾ No se espere este tipo de precisiones ni otras de especie constitucionalista no intemporal en los estudios que acompañan los volúmenes *Las Constituciones Españolas*, ed. Miguel Artola, Madrid, Iustel, 2007-2010; para estos casos, los del vol. 2, del mismo M. ARTOLA y Rafael FLAQUER, *La Constitución de 1812*, 2008, y del vol. 5, de Manuel PÉREZ LEDESMA, *La Constitución de 1869*, 2010. Para otra valoración, Antonio-Filiu FRANCO, *Nuevas pautas para el estudio de las Constituciones españolas (1808-1978)*, en « Historia Constitucional » (revista en línea), 12 (2011), pp. 465-471.

⁽⁶⁾ Ferran GALLEGU, *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia, 1973-1977*, Barcelona, Crítica, 2008, hasta el momento de unas elecciones generales bajo control del aparato heredero de la dictadura de las que surgiera un parlamento que asumió la facultad de constituir por sí mismo, sin más intervención ciudadana constituyente que la acción de refrendo: B. CLAVERO, *Transición y Constitución, ¿qué relación guardan en España que importe hoy?*, en « Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad » (revista en línea), 6 (2014). Sobre la falta de transparencia del proceso de elaboración del texto 1978, Soledad GALLEGU-DÍAZ y Bonifacio DE LA CUADRA, *Crónica secreta de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1989; Mercedes RIVAS ARJONA, *Génesis del título I de la Constitución Española de 1978 en el seno de la ponencia*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001. Respecto a la experiencia constituyente de 1931, no se adentra en ella, desafortunadamente, el repaso histórico de Gerardo PISARELLO, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, caps. 2 y 3. Tampoco se introduce en la comparación de los respectivos procesos constituyentes ESCUDERO ALDAY. Para visión histórica hoy generalizada incluso entre constitucionalistas, sin más criterio de discernimiento en sustancia que entre un 1931 « excluyente », por laico y por reformista, y un 1978 « incluyente », por connivente y por deferente, Manuel ÁLVAREZ TARDÍO, *El camino a la democracia en España, 1931-1978*,

cráticas son en efecto estas dos, las de 1931 y 1978, despejada a nivel constitucional la discriminación de género (7). Viniendo en segundo lugar, la última Constitución, la actual, podría pensarse que aprovecha la experiencia de la primera tanto en su planteamiento como en su desenvolvimiento, el práctico y el doctrinal. De hecho tienen más cosas en común, como principalmente un régimen de autonomía territorial a iniciativa regional y una jurisdicción constitucional no sólo para arbitrar conflictos entre sujetos políticos, el estatal y los regionales, sino también como garantía adicional, junto a la justicia ordinaria, de los derechos constitucionales de titularidad individual. Son razones suplementarias, si es que hiciera falta sumárseles. Al fin y al cabo, autonomía y amparo, se vinculan estrechamente a los requisitos más generales de participación ciudadana y de derechos sin discriminaciones. Todo ello abunda en la conveniencia de tomar de continuo en consideración 1931 en la práctica y el estudio de 1978 por encima y a pesar del periodo radicalmente inconstitucional de dictadura. Mas no ocurre así en absoluto. Si por algo se caracteriza hoy al respecto el constitucionalismo tanto práctico como doctrinal es por su empecinamiento en ignorar la experiencia de 1931 o, en casos que se singularizan precisamente por menos usuales, en abordarla en términos más bien adversativos, como si se tratase de un contraejemplo a prevenir y no de un precedente a valorar y aprovechar. En cuanto que posición doctrinal, es tendencia que procede de los tiempos de la dictadura, aun con un amago de giro algo apreciativo hacia sus finales que, tras la recuperación de Constitución, no se ha consolidado (8). En la medida escasa en la que la

Madrid, Gota a Gota, 2005, ofreciendo en definitiva ideología contra 1931 y apología sobre 1978.

(7) Amelia VALCÁRCEL (est. prel.), *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2002; M^a Dolores PELAYO DUQUE, *Mujeres de la República. Las diputadas*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006; Mary Nash (coord.), *Ciudadanas y protagonistas en la II República y la Guerra Civil*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2009. Respecto a hoy, con registro también de 1931, Patricia CUENCA, *Mujer y Constitución: los derechos de la mujer antes y después de la Constitución de 1978*, en «Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política», 8 (2008), pp. 73-103.

(8) *Estudios sobre la II República Española*, ed. Manuel Ramírez, Madrid, Tecnos, 1974, con concurrencia divergente; el mismo M. RAMÍREZ, *Las reformas de la II^a república*, Madrid, Túcar, 1977. Inmediatamente tras 1978, destacaron además una serie de estudios sobre jurisdicción constitucional bajo 1931, único extremo que se considerara entonces, en aquella coyuntura, de interés como precedente, más que nada a contrastar: José Luis GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid, Editora Nacional, 1980; Martín BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales*

apreciación se mantuvo, no se ha hecho viva como análisis de 1931 en comparación con 1978 ni apenas tampoco por sí mismo, salvo monografías aisladas ⁽⁹⁾.

¿Cómo no cambió la posición respecto a 1931 por el advenimiento de 1978? El nuevo texto constitucional mismo no vino a favorecer este concreto cambio. Ni en su preámbulo ni en su articulado ni en sus disposiciones finales hace referencia alguna al precedente. Una hay, pero no explícita: « Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía » ven ahora revalidado ese ejercicio de iniciativa (1978, Disposición Transitoria Segunda). Se trata de Cataluña, el País Vasco o Euskadi y Galicia, que efectivamente habían superado dicho plebiscito bajo la Constitución de 1931. Éste es « el pasado » que ni siquiera se identifica por la norma constitucional en 1978 pese a no ser por supuesto un secreto para nadie y a pesar también de la transcendencia que tal revalidación podría alcanzar. Por su vía, la autonomía de tres regiones españolas trae causa constitucional y puede traer título último de legitimidad de la Constitución republicana de 1931 por encima de su dispensación por la Constitución monárquica de 1978. Ha de recordarse que la posibilidad de autonomía durante la República Española fue producto de la reconducción de la proclamación del Estado Catalán en el seno de la

de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981; Rosa M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, Bosch, 1982; con el interés suplementario de la comparación, como adelanto del libro que luego citaré, Pedro CRUZ VILLALÓN, *Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 5 (1982), pp. 115-146. Como la dictadura franquista había establecido un control político por parte de órganos corporativos y del partido único, hubo algún estudio cercano amagando la conexión: José Luís MEILÁN GIL, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española*, en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pp. 543-599. Para la bibliografía disponible por aquellos años, Paloma ROMÁN y Francisco J. VANACLOCHA, *Repertorio bibliográfico sobre aspectos jurídico-políticos e institucionales de la Segunda República Española*, en « Revista de Derecho Político » (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 12 (1981-1982), *Cincuenta Aniversario de la Constitución española de 1931*, pp. 399-415.

⁽⁹⁾ ESCUDERO ALDAY ofrece una bibliografía nada exhaustiva, pero suficiente a su propósito, no proponiéndose una reflexión historiográfica, a la que tampoco voy a proceder aquí salvo para algún punto en el que me detendré, como el de la justicia constitucional de 1931 cuya literatura más específica ya he empezado a registrar.

Federación de las Repúblicas Ibéricas ⁽¹⁰⁾. En todo caso, 1978 dejaba abierto el alcance de la autonomía para tales territorios no sólo por dicha remisión, sino también mediante disposiciones adicionales, transitorias y derogatorias de forma que no deja de estar ahí, registrada en la Constitución, porque no se haya aprovechado hasta hoy a fondo ⁽¹¹⁾.

Aquí nos interesa esto por lo que importa a la existencia de un nexo de carácter normativo entre la Constitución republicana de 1931 y la Constitución monárquica de 1978 que hace todavía más inexplicable la inconexión imperante ⁽¹²⁾. No se ha hecho valer con su fuerza constitucional. Y la historiografía no es que contribuyera. Los mismos intentos de ubicación de 1931 en su tiempo constitucional, si conduce

⁽¹⁰⁾ Tras Carlos Alberto CHERNICHERO, *El Estado integral en la Constitución de la II República: proceso político, sistema parlamentario y conflictos sociales*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2007, mantiene un interés no circunscrito territorialmente Manuel GERPE, *L'Estatut d'Autonomia de Catalunya i l'Estat Integral*, Barcelona, Edicions 62, 1977, o también *Los nacionalismos en la España de la II República*, eds. Justo G. Beramendi y Ramón Máiz, Madrid, Siglo XXI, 1991.

⁽¹¹⁾ «Iura Vasconiae. Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia», 7, 2010, VIII *Simposio de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia: Sociedades Plurinacionales y Cambio Constitucional*, con contribuciones y referencias no sólo vascas en asunto sumamente controvertido desde que el constitucionalismo doctrinal predominante niega tal apertura constitucional respecto a determinados territorios que conoce otras manifestaciones en la misma Constitución. Como, ya advierto, no voy a entrar en el asunto de la autonomía de las Regiones de 1931 y las Comunidades de 1978, aunque habré de referirme, cuando hablemos de republicanismo cívico y de su dudosa posibilidad bajo la Constitución vigente, a la cuestión de si el mismo resulta hoy plausible en territorios determinados, como Cataluña o el País Vasco, integrando, activando y reforzando ciudadanía propia.

⁽¹²⁾ Nos instalamos, lo digo así porque me incluyo como ciudadano y como profesor, en una visión que no esperaba nada de 1931 porque juzgaba a 1978 superior, y esto seguramente más por la esperanza en las posibilidades que la segunda estaba abriendo para aquel presente que por lo que la misma realmente nos estuviese garantizando para este futuro no tan lejano, al tiempo de una generación apenas. Es lo que creo que se encerraba en la forma como por entonces, entre finales de los setenta y principios de los ochenta, solía concluir sus conferencias sobre historia constitucional Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, vol. 5, p. 3933: «Y aquí estamos, ante una Constitución que a mí me parece que da mucho juego, que a mí me parece que es cualitativamente distinta a la del 76, semejante en unas cosas y mejor en otras que la del 31...». 76 es la Constitución de 1876, la de una primera restauración de la Monarquía tras una República y, también aunque incomparablemente menos sangriento, un golpe de Estado por medio; 31 es naturalmente 1931.

a la reconexión, es tomándose distancias ⁽¹³⁾, pese a todas las relaciones existentes no sólo entre las dos Constituciones españolas del siglo XX, sino también respecto a los correspondientes contextos europeos estrictamente constitucionales ⁽¹⁴⁾. En España, estamos con todo ante lo que una narradora de *Episodios de una guerra interminable* ha caracterizado como el síndrome de « la humildad acomplejada y culpable con la que la izquierda había mirado hacia 1931 desde la muerte de Franco ». La derecha siguió abrigando una mal disimulada satisfacción por el derribo de aquel constitucionalismo tras 1936. En estas condiciones, ¿cómo va a procederse a la recuperación de la relación entre 1931 y 1978? En ello estamos gracias ahora a *Modelos de democracia en España* ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Javier CORCUERA, *El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931*, en « Historia Contemporánea » (Revista de la Universidad del País Vasco), 6 (1991), 1931: *Una Constitución y un sistema político*, pp. 15-46; *La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada*, en « Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional », 2 (2000), Joaquín Varela Suances (coord.), *Modelos Constitucionales en la Historia Comparada*, pp. 601-653; aquí, p. 630: « Muchas de las influencias que pudieran presumirse entre nuestra actual Constitución y la Republicana son sólo aparentes », lo que es cierto precisamente, entiendo, por la desconexión que se ha inducido desde el propio momento constituyente último, el de 1978. El propio número monográfico de *Historia Contemporánea* ilustra con creces la toma de distancias. Al mismo efecto cabe también remitirse a la entrega citada de la *Revista de Derecho Político*.

⁽¹⁴⁾ En lo que interesa a 1931, está dándose hoy un cierto regreso de la obra más representativa del contexto constitucional europeo en el que la Constitución de la República española vino resueltamente a inscribirse, la obra de Boris Mirkine-Guetzévitch: Dvozinar KÉVONIAN, *Les juristes juifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt*, en « Archives Juives. Revue d'Histoire des Juifs de France », 34 (2001-2002), *Juifs russes à Paris*, pp. 72-94; Stéphane PINON, *Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch*, en *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, ed. Carlos Miguel Herrera, París, Kimé, 2005, vol. 2, pp. 61-123; también, respecto al mismo Mirkine-Guetzévitch, Samuel MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*, a publicarse en « Yale Human Rights and Development Law Journal », anticipado en el sitio *Social Science Research Network*, con una primera versión en *Understanding Human Dignity*, ed. Christopher McCrudden, Nueva York, Oxford University Press, 2013. Aprovecharemos aquí la obra de Mirkine-Guetzévitch por lo que importa al 1931 español. Moyn la caracteriza de forma adversativa en relación a la Constitución irlandesa de 1937, introduciendo la cuestión de la religión que aquí tocaré tan sólo a su propósito, al propósito de lo que se entiende como un *newer constitutionalism* de trasfondo religioso.

⁽¹⁵⁾ La narradora émula de los *Episodios Nacionales* de Benito Pérez Galdós, la saga novelística de la historia española durante el siglo XIX, es Almudena GRANDES,

He repetido adrede algo tan evidente como que 1931 es Constitución de República y 1978, de Monarquía, pues esto creo que explica algo o quizás bastante. No sólo se trata de que estemos ante dos formas de Estado distintas como principal punto de diferencia entre ellas, pues este solo detalle no bastaría para dar cuenta de distanciamiento tan pronunciado en extremos tan cercanos y relevantes como el de los registros de derechos, de garantías, de democracia y de autonomías. En 1978, a efectos constitucionales, la Monarquía, con todo el apoyo militar interno y político exterior de que gozaba, se sabía débil por su origen dictatorial y por su indisposición a someterse a plebiscito. Un constitucionalismo improvisado entendió cual tarea propia su apuntalamiento mediante la fórmula de situarla sobre la Constitución como si esto fortaleciera sin más a ambas, también a la segunda. Como signo más evidente, la Monarquía, que había jurado el régimen de dictadura por dos veces, al ser instaurada por el general Franco la primera ocasión y al sucederle la segunda, no juró ni acató en modo alguno de carácter formal la norma constitucional. Muy al contrario, la sancionó y promulgó como si se tratara de una *Charte Octroyée*: « Don Juan Carlos I, Rey de España, a todos los que la presente vieren y entendieren; sabed que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la siguiente Constitución [...]. Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado ». Bajo estos supuestos, a efectos tanto prácticos como doctrinales, más bien convenía olvidar 1931 desde un arranque: « Como Presidente de las Cortes Constituyentes, y en su nombre, declaro solemnemente que éstas, en uso de la soberanía de que están investidas, han decretado y sancionado lo siguiente: España, en

Episodios de una guerra interminable, III, *Las tres bodas de Manolita*, Barcelona, Tusquets, 2014, p. 747, en apéndice de fuentes. La serie de esta autora me parece que se ajusta mejor a la categoría de novela histórica, respondiendo a la verosimilitud del componente ficticio, en comparación con otros empeños paralelos de parecido éxito que cargan la mano en un trasfondo teñido él mismo de ficción ideológica más que de historia verificable: Antonio MUÑOZ MOLINA, *La noche de los tiempos*, Barcelona, Seix Barral, 2009; Andrés TRAPIELLO, *Ayer no más*, Barcelona, Destino, 2012. Sobre las posiciones más exhibicionistas de una historiografía todavía cómplice de 1936, Francisco Espinosa Maestre, *Contra el olvido. Historia y memoria de la guerra civil*, Barcelona, Crítica, 2006, cap. 10; Alberto REIG TAPIA, *Anti Moa. La subversión neofranquista de la Historia de España*, Barcelona, Ediciones B, 2006; el mismo, *Revisionismo y Política. Pío Moa revisitado*, Madrid, Foca, 2008.

uso de su soberanía, y representada por las Cortes Constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución... »⁽¹⁶⁾.

Dada en suma la forma como la Monarquía se ha reinstaurado, la pretensión constitucional de una legitimidad de tracto histórico, abstractándose la operación de la dictadura, no se sostiene (1978, art. 57.1: « La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica... »). La Monarquía actual no es además una forma de Estado huera o, por decirlo de forma menos negativa, representativa sólo en un sentido sustancialmente protocolario (art. 56.1: « El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes »), y esto pese a su irresponsabilidad constitucional (art. 56.3: « La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad... »). No es Monarquía la española que resulte homologable a otras monarquías de la Unión Europea. En la Constitución precede a todas las instituciones más propiamente constitucionales, incluso a las Cortes o parlamento. Cuenta con competencias de posibilidades exorbitantes: « Corresponde al Rey: (...) d) Proponer el candidato a Presidente del Gobierno (...). h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas. i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley... » (art. 62, con arreglo a previsiones normativas el primer y el tercer supuestos, lo que incluye la necesidad de refrendo gubernativo, mientras que tal cosa no se especifica en cambio respecto a la posición militar). Sintomáticamente, en cuanto a la restricción de la dispensación de gracia, se mantiene en vigor una Ley de Reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto que data de 1870 con reforma posconstitucional, de 1988, eliminando el requisito de la motivación⁽¹⁷⁾. Digo lo de sintomático porque, en general, para cuanto

(16) La sanción y promulgación de 1978 se puede ver en el citado número del *Boletín Oficial del Estado*, sólo en la edición castellana puesto que en las versiones a las otras lenguas oficiales no se incluye. En ediciones posteriores, incluso oficiales, tampoco suele reproducirse. Ni comúnmente se recuerda por la doctrina constitucional, la cual subraya el valor del referéndum de 1978 como si pudiera suplir la carencia de elecciones constituyentes y el correspondiente debate ciudadano sobre alternativas constitucionales.

(17) Sobre la Monarquía y la gracia, con un Ministerio de Gracia y Justicia, por este orden, en tiempo que se dice de edad contemporánea, la constitucional por Europa, no hay para España nada equivalente a Monica STRONATI, *Il Governo della 'Grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana, 1848-1913*, Milán, Giuffrè,

concierno específicamente a la institución de la Monarquía, se mueve en un limbo jurídico ante la extrema dificultad de regularla conforme a las previsiones de la Constitución sin poner más en evidencia sus dimensiones menos o nada constitucionales, habiendo de por medio además discriminación⁽¹⁸⁾. Si la defensa de la Monarquía se entiende como defensa de la Constitución por parte del constitucionalismo preponderante tanto práctico como doctrinal, ¿qué interés se va a tener en volver la vista hacia una Constitución republicana como la de 1931? Republicana, como nos dirigimos a ver, va a significar, en contraste con 1978, algo distinto, por más sustantivo, que no monárquica.

En 1977, entre la muerte del dictador y el fenecimiento de la dictadura colegiada que el mismo dejara institucionalizada con cabeza de Monarquía, se produjo la emisión de una serie de sellos postales dedicada a la dinastía de Borbón que se entronizara en España a principios del siglo XVIII. Fueron diez estampillas de importe escalonado creciente desde las cinco pesetas de Felipe V de Castilla y IV de Aragón, aunque este detalle dinástico diferenciado no se registrara en el sello, hasta las cien pesetas de Juan Carlos I de España (Luis I, también cinco; Fernando VI, ocho; Carlos III, diez; Carlos IV, doce; Fernando VII, quince; Isabel II, veinte; Alfonso XII, veinticinco; Alfonso XIII, cincuenta). Es más, bastante más, que una anécdota sin mayor valor hoy

2009. Se tiene bibliografía solvente sobre la posición militar de la Monarquía en la historia de tiempo constitucional que llega a 1931, pero no en cambio acerca del intento de recuperación en 1978. Algo tan imprevisible normativamente como el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, mediante secuestro del Congreso y el Gobierno, ha servido para dar por justificada la posición militar de la Monarquía, que se empleó para la salida de dicha situación, sin intento de elaboración de algún signo sustancialmente constitucionalista. Sobre el cambio efectivo en todo caso habido, Lorenzo COTINO HUESO, *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

(18) No sólo se trata de la propia discriminación que supone la misma sucesión dinástica en la Jefatura del Estado por impedimento de participación ciudadana y por privación de libertad personal a los miembros de la dinastía, sino también, para la Monarquía de 1978, la implicada por el extremo aún más sensible de la discriminación de género en la línea de sucesión, dada la preferencia de varón en el mismo grado, y la distinción de título entre los consortes de quien suceda: «La Reina consorte o el consorte de la Reina...» (1978, arts. 57.1 y 58); y todavía podría añadirse la discriminación por opción usual al consagrarse constitucionalmente en la cúspide del Estado el estereotipo de la familia de matrimonio heterosexual. Para un extremo de inmediata contaminación, prevenido en 1931 pero no en 1978, B. CLAVERO, *Sexo de derecho, acoso de justicia (Comentario de jurisprudencia)*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 52 (1998), pp. 189-217.

salvo para coleccionistas de productos filatélicos. Comenzaba diligentemente a programarse la ubicación de Monarquía instituida por encima de Constitución eventual. Su peso finalmente desorbitado acaba incidiendo más en la cultura que en la práctica del constitucionalismo actual en España ⁽¹⁹⁾. Es el factor principal provocador del divorcio entre 1978 y 1931 o, más bien, del repudio de una Constitución de Monarquía contra una Constitución de República. Es vejamen que alcanza a la misma línea de flotación de la historiografía constitucional. Junto a la cultura inconstitucional que inyectó la dictadura, es el principal virus de desapego a la República. La Monarquía cortocircuita y se basta para hacerlo a medida que dicha cultura va lentamente diluyéndose, aunque no sea éste el cortocircuito al que se hace referencia por el título de estas páginas.

2. 1931 versus 1978: I. República, republicanismo, constitucionalidad.

He ahí el contexto en el que debe ante todo valorarse la aparición del libro *Modelos de democracia en España. 1931-1978* de Rafael Escudero, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Viene a entrar en pugna con percepciones dominantes: « Este libro nace con la pretensión de proporcionar al lector claves e instrumentos para que valore la relación que existe entre las dos constituciones promulgadas en la España del siglo XX. Una, la del 31, a la que sus enemigos impidieron que empezara a surtir los efectos que se predicaban de toda constitución; otra, la de 1978, considerada por sus apologetas como el texto que ha generado la época de mayor paz y bienestar de nuestra historia. Que sea el lector quien extraiga sus propias conclusiones al respecto » ⁽²⁰⁾. Es invitación que estoy aceptando de lo más gustoso. Para eso se publican libros, para que los complete la lectura. Por mi parte, este complemento quiere suministrarlo el texto. Las notas,

⁽¹⁹⁾ Para una provocativa reflexión centrada en 1978 en relación a precedentes igualmente monárquicos, Arnaldo SANTOS, *Monarquía o República. Consideraciones acerca del significado político de la actual democracia española*, Madrid, Fundamentos, 2005, de prosecución más problemática: *Golpismo o democracia. Consideraciones acerca de la disolución política del vigente sistema constitucional en el 75 aniversario de la proclamación de la II República Española*, Madrid, Fundamentos, 2007. Para un contraste empeñado, el de la visión predominante que podría ilustrarse más expresivamente por hemeroteca, Miguel Ángel AGUILAR, *España contra pronóstico. De cómo conquistamos nuestras libertades y del cuidado que requieren*, Madrid, Aguilar, 2013.

⁽²⁰⁾ R. ESCUDERO ALDAY, pp. 19-20. Las siguientes referencias, si son meras citas, irán en texto entre paréntesis.

como vendrá advirtiéndose, las aprovecho además para alguna que otra excursión propia con el pie de la lectura.

No estamos ante una obra de investigación histórica, sino de reflexión jurídica sobre el testimonio primario de las normas constitucionales de 1931 y 1978 y la constancia contrastada de las evidencias rendidas por los estudios existentes que resultan interesantes a los efectos de la comparación. No se piense que el término de *modelos* se utilice en sentido alguno de ejemplaridad para ninguna de las referencias comparadas. Su significado es neutro como modo de anunciar que no se trata de un cotejo de pormenores, sino de la confrontación de los sistemas que representan una y otra Constitución con todas sus vectores de coincidencias, pero, también y sobre todo, con el conjunto de sus significativas divergencias, mediante un acercamiento crítico que se aplica tanto a 1931 como a 1978. Es lo que puede esperarse de un jurista significado por su patente insatisfacción con respecto a la transición política de salida de una dictadura hacia un constitucionalismo que diera empeñadamente la espalda no sólo al precedente de una república de tal carácter constitucional, sino también a las responsabilidades criminales y políticas del régimen inconstitucional interpuesto⁽²¹⁾. Esto también constituye contexto del interés por la comparación entre 1931 y 1978. ¿Cómo ha podido plantearse o entenderse esta última Constitución para que no haya garantizado un derecho como el de la tutela judicial efectiva a las víctimas de la dictadura? Además del de acceso a la justicia, ¿hay más derechos registrados, pero no bien acreditados por 1978? No sólo así estamos ante preocupaciones subjetivas del autor, sino también ante motivaciones objetivas de la obra⁽²²⁾.

Hay relación. Una historia de pasado aún presente no puede

(21) R. ESCUDERO ALDAY, *El derecho a saber*, prólogo a F. Espinosa Maestre, *Callar al mensajero. La represión franquista entre la libertad de información y el derecho al honor*, Barcelona, Península, 2009, pp. 15-34 (también en la edición actualizada: *Shoot the Messenger? Spanish Democracy and the Crimes of Francoism: From the Pact of Silence to the Trial of Baltasar Garzón*, Brighton, Sussex Academic Press, 2013, pp. xii-xxv: *The Right to Know*); últimamente, el mismo R. ESCUDERO ALDAY, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, en «Human Rights Quarterly», 36 (2014), pp. 123-146 (buen estado de la cuestión para lectura española y no española); con *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, eds. Carmen Pérez González, Madrid, Trotta, 2013.

(22) A esto también importa la colección donde aparece, Atalaya de Península, bajo la dirección del editor reciente y prematuramente fallecido Manuel Fernández-Cuesta. Para otra novedad de la misma colección que interesa al contexto, Alfredo GRIMALDOS, *Claves de la Transición, 1973-1986 (para adultos). De la muerte de Carrero Blanco al referéndum de la OTAN*, Barcelona, Península, 2013.

abstraerse del presente mismo. El proceso que condujo a la Constitución de 1978 se planteó y desarrolló entre tales condicionamientos que sobre la marcha se generó el síndrome, si no del olvido imposible, de la ignorancia cultivada a fin de cancelárseles para que fueran irrelevantes a los efectos de legitimación y puesta en práctica del orden constitucional. Dicho de otro modo, como elemento integrante de un peculiar proceso constituyente se alentó una amnesia redoblada ⁽²³⁾. Por una parte, la amnistía a la que se procedió de los crímenes de una dictadura procedente de un golpe militar extremadamente sangriento contra el régimen constitucional de 1931, dictadura que siguió derramando sangre sin proceso con garantías y atropellando derechos hasta la misma muerte del dictador, se tornó en amnesia. Por otra parte, la misma amnesia que respecto al régimen constitucional precedente se había impuesto por la propia dictadura no sólo se mantuvo, sino que incluso se ha acrecentado por parte de la cultura política y jurídica fomentada y construida en auxilio de la Constitución vigente ⁽²⁴⁾. Acudir a la operación de compararla con el constitucionalismo de 1931 supone enfrentarse a la doble amnesia, no sólo a la que afecta a la historia constitucional, sino también a la que interesa a la impunidad inconstitucional. No son desmemorias independientes ⁽²⁵⁾.

Ya en antecedentes, procedamos a la lectura. No voy a hacer una

⁽²³⁾ Paloma AGUILAR, *Políticas de la memoria y memorias de la política. El caso español en perspectiva comparada*, 2ª ed. muy ampliada, Madrid, Alianza, 2008 (1ª ed., *Memoria y olvido de la guerra civil española*, 1996); R. Escudero Alday (coord.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Madrid, Catarata, 2011; Michael RICHARDS, *After the Civil War: Making Memory and Re-Making Spain since 1936*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; B. CLAVERO, *España 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

⁽²⁴⁾ Últimamente, pudiendo ya remitirse a *Modelos de democracia*, R. ESCUDERO ALDAY, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, p. 132: «Just as the Franco supporters had to renounce the dictatorship, democrats had to renounce the former Republic and the 1931 Constitution. This created an ideological and political middle ground: a halfway point between dictatorship and democracy, between the Franco regime and the Spanish Republic».

⁽²⁵⁾ Para estos precisos puntos, respecto a confusión de evidencias, particularmente de las de índole o de interés constitucional, en sus dos extremos temporales, R. ESCUDERO ALDAY (pp. 39-42, 50-51 y 304) confronta justamente las posiciones muy representativas de Santos JULIÁ, historiador que, en la referida colección de *Las Constituciones Españolas* dirigida por M. Artola, se encarga del *Estudio Preliminar* del vol. 8, *La Constitución de 1931*, Madrid, Lustel, 2009, pp. 13-86, donde se tiene, pp. 28-74, una crónica política, sin análisis constitucional, del proceso constituyente. Para más de su parte sobre las posiciones representadas por S. Juliá y hoy por hoy predominantes, R.

reseña particularizada de la serie de cuestiones por las que va desvolviéndose la comparación constitucional (soberanía popular; república y monarquía; ley, gobierno y justicia; defensa jurisdiccional de la Constitución; estado y nación; ciudadanía y poderes económicos; derechos humanos, familia y poder clerical; igualdad constitucional y derechos sociales...), sino a resaltar aquellas que nos permitan acudir a una reflexión sobre los términos más generales del resultado de la competición entre *modelos*, el de 1931 y el de 1978. Los llama el autor de este modo en plural para dejar bien claro desde un primer momento que, por muchas relaciones que haya entre una y otra Constitución, lo que interesa es marcar las distancias y analizar las diferencias. Todo libro puede tener más de un título. ¿*Modelos de democracia en España, 1931 — 1978?* En la portada figuran, haciendo columna con las fechas respectivas, los colores de las banderas republicana y monárquica, estos segundos también de la dictadura franquista, incrustados entre título y subtítulo como si formasen parte del apelativo del libro. Éste podría haberse titulado *República y Monarquía en España, ¿qué hay en dos nombres?* No qué nos dicen unos nombres como rostro de un Estado, sino qué se encierra dentro de ellos como entraña de unas Constituciones. No voy a corregir la plana, pero algún título que hubiera evitado la palabra *democracia* habría sintonizado mejor con los cuestionamientos y las modulaciones del libro. Hablar de *República y Monarquía en España* habría animado a escudriñar relaciones de 1931 con 1873, la Primera República, y de 1978 con 1876, la penúltima Monarquía, interesando en mayor grado lo primero ⁽²⁶⁾.

ESCUADERO ALDAY, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, pp. 138-140.

⁽²⁶⁾ Alguna indicación hay, precisamente en el extremo de la justicia constitucional que, en lo que respecta a 1931, vamos aquí a contemplar: ESCUDERO ALDAY (p. 313). Como muestra de una historiografía sobre republicanismo que no penetra en la dimensión constitucional, sirvan José A. Piqueras y Manuel Chust (comps.), *Republicanos y repúblicas en España*, Madrid, Siglo XXI, 1996; *El republicanismo español*, eds. Ángel Duarte y Pere Gabriel, Madrid, Marcial Pons (*Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, 39), 2000; para gestaciones en el contexto de la bifurcación de largo alcance entre repúblicas americanas y monarquía española, Juan Francisco FUENTES, *República — España*, en *Diccionario político y social del mundo iberoamericano. La era de las revoluciones, 1750-1850*, Javier Fernández Sebastián (dir.), Madrid, Fundación Carolina, 2009, pp. 1321-1331. En cuanto a 1876, fue el primer caso de restauración constitucional tras la instauración militar de Monarquía. Tal vez merecería una mayor extensión en el tiempo, no diré que hasta hoy, el título literal de M^a Cruz ROMERO, *Una farsa trágica o la imposible monarquía constitucional*, en « Historia Constitucional » (revista en línea), 6 (2005), pp. 467-471, refiriéndose sólo a una monarca anterior, a la Isabel II que, como

Mas no desbordemos el asunto del libro, que ya es bastante. Ante todo y sobre todo se interesa por una República, la constitucional de 1931. Como tal puede comenzar por establecer una Jefatura del Estado que, por electa, responsable y temporal, cabe que asuma posición y competencias que no caben, no debieran haber constitucionalmente las segundas, en una Monarquía (1931, art. 67: «El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación....»; art. 72: «El Presidente de la República prometerá ante las Cortes, solemnemente reunidas, fidelidad a la República y a la Constitución...»; art. 75: «El Presidente de la República nombrará y separará libremente al Presidente del Gobierno...»; art. 76: «Corresponde también al Presidente de la República...», con un etc.) (27). Es un contraste con Monarquía de institución a institución que no basta ni con el que este libro se contente. Caracteriza incluso el republicanismo sin atenerse de entrada estrictamente a 1931. Entra en materia destacando en concreto que republicanismo ha sido y es más, mucho más, algo mucho más sustantivo, que una alternativa a la Monarquía como forma de encabezamiento de Estado o incluso como forma de Gobierno con alguna intervención en su organización y desenvolvimiento. Lo ha sido en la tradición latamente constitucional y lo es en posiciones actuales revitalizadoras del constitucionalismo. Puede el republicanismo dotarse de una densidad difícilmente participable a forma alguna de constitucio-

hemos visto, acabara valiendo, en forma de sello, veinte pesetas, la quinta parte del valor de la imagen filatélica del monarca actual cuando accedió al trono.

(27) Por si no fuera poco con la enemiga del sector que conspiró contra la República desde 1931 y con un contexto europeo ya de por sí crecientemente desfavorable, su primer Presidente intentó forzar sus competencias postulando además con urgencia impaciente reformas que en parte proyectaban frustraciones propias sobre prácticas constitucionales: Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, *Los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid, Espinosa, 1936, *seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, Madrid, Civitas, 1981, con notas de su hijo, Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (al que citaremos como procesalista en el exilio), y otras ediciones; otros materiales no menos sesgados procedentes del padre han venido publicándose con manipulaciones de diverso género, inclusive últimamente por parte de descendientes suyos de segunda generación. La edición de *Los defectos* de 1981 es muy sintomática de cómo tiende a producirse la recuperación, si así puede decirse, de 1931 tras 1978. Para noticia del hijo, *Diccionario de catedráticos españoles de derecho, 1847-1943* (en línea en el sitio de la Universidad Carlos III), sin especial atención a lo que se presenta como «desafección al régimen franquista», adoptándose así la calificación utilizada por la disposición que le depurara al término de la guerra civil. Se podría en cambio definir en términos positivos su posición constitucionalista aunque, como su padre con anterioridad, defeccionase de la República en armas.

nalismo no republicano ⁽²⁸⁾. Diciéndolo sumariamente, el republicanismo es una moral ciudadana, una moral voluntariosamente operativa en 1931 y dudosamente presente en 1978 ⁽²⁹⁾. En el siglo XIX, el republicanismo representa una moralidad pública de garantía de derechos dados en comunidad ciudadana de varones padres de familia propietarios con poder privado sobre mujeres y sobre trabajadores, heredero en todo esto todavía de una sociedad de *status*. En el siglo XX, el republicanismo deviene o cabe que devenga en la moralidad pública y privada de promoción empeñada tanto de derechos sin discriminación como de ciudadanía integral con solidaridad humana y el compromiso ante todo de las reformas sociales, económicas y políticas necesarias a todo este efecto ⁽³⁰⁾. Hoy por hoy, este republicanismo está más vivo en

(28) La referencia hoy principal la hizo tan esforzada como fallidamente suya el último presidente de gobierno socialista, José Luis Rodríguez Zapatero: Javier VALENZUELA, *Viajando con ZP*, Barcelona, Debate, 2007, p. 212: «¿De dónde sacaron sus nuevas ideas? De muchas fuentes. En el caso del leonés [Zapatero], una fue el politólogo irlandés Philip Pettit», cuyo *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1977, había sido diligentemente traducido: P. PETTIT, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999 (hay también traducción catalana invirtiendo términos titulares: *Llibertat i govern: Republicanisme*, Barcelona, Angle, 2010), y quien se mostró agradecido con el político español: P. PETTIT, *Examen a Zapatero. Balance del gobierno socialista*, Madrid, Temas de Hoy, 2008.

(29) Sobre la normatividad moral de potencial constitucional, precisamente del mismo R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000 (tesis doctoral, realizada bajo la dirección de Gregorio Peces Barba, presentada en 1999 bajo el título *Sistema jurídico y justicia: sobre la relevancia moral de la estructura jurídica*); y *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

(30) R. ESCUDERO ALDAY, pp. 37 y 303-304 (refiriéndose para posiciones actuales, junto al citado P. Pettit, a Cass R. SUNSTEIN, de quien en castellano, de mayor interés al efecto, se tiene la traducción de *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003; *Republic.com 2.0*, Princeton, Princeton University Press, 2009, no está aún traducido), no es excepción respecto a la proverbial falta de atención de la literatura republicana a la envergadura del lastre que, no sólo durante el XIX, impone el republicanismo tradicional al constitucionalismo de derechos. Respecto a éste en general, para el registro del gravamen sobre mujer, trabajo y, tampoco se olvide por cuanto se arrastra hasta hoy, humanidad no europea o euroamericana, B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007. Para materiales sobre la concreta tendencia identificada hoy como republicanismo, aun prestandose todavía en momentos al equívoco del tracto histórico con republicanismos pasados, *Republicanismo contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, ed. Andrés Hernández, Bogotá, Siglo del Hombre, 2002; *Nuevas Ideas*

España entre ciudadanía regional, como la catalana, que por medios de la política y la cultura constitucionales de Estado, generándose tensiones y enfrentamientos poco favorables a las mismas posibilidades republicanas ⁽³¹⁾.

En el reformismo activado y mantenido por ciudadanía partícipe insiste el autor de *Modelos de democracia en España* como signo de republicanismo en general y, en particular, como rasgo característico de 1931 que 1978 no comparte o que no hace suyo en términos de derechos. Dejémosle la palabra: « Conviene tenerse claro a qué se está haciendo referencia cuando se habla de valores republicanos. Con carácter general, éstos podrían sintetizarse en los siguientes enunciados: imperio de la ley, pluralismo democrático, lealtad constitucional, garantía de los derechos fundamentales y de la justicia social, búsqueda del interés general, virtud cívica, compromiso ciudadano por las instituciones, defensa de lo público, así como honestidad y austeridad en los comportamientos privados »; « lo relevante desde esta perspectiva teórica [republicana] no es tanto quien ostenta la jefatura del Estado, sea un sujeto elegido democráticamente o un monarca dotado de legitimidad dinástica, cuanto que ese Estado genere una ciudadanía comprometida con los valores, principios e instituciones del mismo. Una ciudadanía participativa en la *res publica*, lo que implica la institucionalización de mecanismos que hagan posible y eficaz tal participación y la creación de las condiciones socio-económicas básicas — con especial atención a la formación y la educación — que permitan a los ciudadanos participar en los asuntos públicos. En la participación está la virtud; en la participación está la libertad » (pp. 35-37). A estas precisiones sigue la pregunta clave para el libro, la que habrá de llevar a conectar o desconectar 1931 y 1978: « ¿Cabe el republicanismo sin república? Sí,

Republicanas. Autogobierno y libertad, comps. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella, Barcelona, Paidós, 2004.

⁽³¹⁾ ESCUDERO ALDAY no afronta específicamente la eventualidad en la España actual de republicanismo cívico por determinados espacios territoriales dentro de la Monarquía, como Cataluña o el País Vasco, ni la alternativa de una independencia en forma de República que realmente lo fomentase (pp. 205-221: « La España de las autonomías », concluyendo con la constancia de un fracaso y proponiendo el replanteamiento federal). El caso de dicho republicanismo sustantivo se está dando por ejemplo, dentro del Reino Unido, en Escocia contrastando con Inglaterra. Respecto a este horizonte más allá de la dicotomía entre Monarquía y República o entre Federalismo y el híbrido de centralismo y regionalización que resulta el Estado de las Autonomías, aun con un estilo primario que no favorece ni la información ni la comunicación fuera del propio círculo de convicciones, se tiene ahora a Antonio Baños, *La rebelión catalana. España ante sus naciones*, Barcelona, Roca, 2014.

siempre que se ponga el acento en las dimensiones del republicanismo vinculadas a la consecución de una virtuosa ciudadanía libre y se pase por alto la importancia de la conformación de la jefatura del Estado », de que pueda ello alcanzarse, se entiende, dentro del sistema constitucional sustantivo que, Monarquía aparte, quedara establecido en 1978 (p. 42).

He ahí bien definida la tarea que afronta la obra. Sus conclusiones se anuncian francamente desde unos prolegómenos. La moral republicana del siglo XX y no sólo la República como forma de Estado está presente y viva en 1931. En cambio, 1978, aunque pudiera haber activado y estar activando un republicanismo sin república y a veces se pretende que así ocurre, no presenta las características fundamentales ni los elementos claves para operar de dicho modo. Si algo muestra esta obra, es que el republicanismo de 1931 es ya en sustancia el republicanismo actual de derechos y ciudadanía, así como, por su parte, que el mismo no cabe en el constitucionalismo de 1978 y esto además no sólo por su carácter monárquico, sino también y sobre todo por la forma como registra y garantiza los derechos y como, sobre bases de representación más que de participación, mantiene a raya y a distancia a la ciudadanía. La Monarquía no es el lastre único o ni siquiera principal de 1978. Desde el primer al último capítulo sustantivo, desde el de la soberanía popular hasta el de los derechos sociales, se va mostrando hasta qué punto y en qué grado 1931 es republicano y 1978 no puede serlo. La contraposición no resulta absoluta, pues no dejan de marcarse también relaciones y confluencias mejor reconocidas hoy, pero el desgranamiento del análisis conduce a tales conclusiones anticipadas desde el arranque del libro, no porque sean prejudiciales, sino porque, como suele ocurrir, las primeras páginas son las últimas que, investigación mediante, se escriben. Es también una buena forma de poner sobre aviso a quienes, como es pauta actualmente en el constitucionalismo español tanto práctico como doctrinal, lo que prefieren es rehuir las evidencias y hacerse ilusiones.

Como está advertido, no me dispongo a recorrer la serie de cuestiones que, para la debida comparación, van suscitándose y desgranándose a lo largo de los capítulos del libro. Confrontemos, por lo que aporta y por lo que pueda todavía añadirse, uno que se vincula con algo tan decisivo como el carácter vinculante de la Constitución para todo el sistema institucional y todo el ordenamiento jurídico ⁽³²⁾. Es

⁽³²⁾ R. ESCUDERO ALDAY (pp. 22-28), subrayando este rasgo en común entre 1931 y 1978 como *neoconstitucionalismo* por contraste con lo que entonces sería un paleoconstitucionalismo desconocedor de dicho valor normativo de la Constitución,

asunto menos técnico y más político de lo que suele presumirse. Me refiero al capítulo de la jurisdicción constitucional, presentado bajo un título que la entidad de su materia desborda: «La Defensa de la Constitución», con dos apartados: «La justicia constitucional entre la política y el derecho» y «Si Kelsen levantara la cabeza» (pp. 173-196). Antes, inmediatamente antes, se ha tratado de la función judicial (pp. 162-172: «Juzgar con independencia»), sin haberse afrontado el problema, un problema común a 1931 y 1978, del mantenimiento de un aparato de justicia que, por plantearse en función de ley (pp. 132-149: «El parlamento, sede del poder legislativo»), resultante en los sustancial de un constitucionalismo de poderes de planta decimonónica así no revisado, se encuentra incapacitado para el amparo de derechos derivado directamente de Constitución o no necesariamente mediado por legislación y con sujeción a ella. De esta incapacidad, de su mantenimiento, precisamente procede el tipo de justicia constitucional que, con todas sus diferencias, se establece tanto en 1931 como en 1978⁽³³⁾. Diferencias las hay y son significativas. De entrada lo que se recalca es

ante lo que tengo mis reservas, pues tal distinción en tales términos deriva, no de la trayectoria de la historia constitucional en su integridad, sino tan sólo de una vertiente particular de la misma, la que podemos llamar latina, de modelo digamos que francés, por Europa y por América. Esto arrastra sus consecuencias prácticas, pues vela la peculiaridad de la inhabilitación judicial en el amparo de derechos típica de esta vertiente particular trayendo la problemática de la jurisdicción constitucional, a lo que ahora acudiremos. Otra cuestión es por supuesto la que también marca Rafael Escudero de un neoconstitucionalismo definido por los derechos sociales, por la regla de no discriminación y por la integración de la ciudadanía, añadiéndose luego la incorporación de derecho internacional a derecho constitucional y la consecuencia, en su caso, con la plurinacionalidad de la ciudadanía, lo que menos atiende. Aun mezclando elementos nuevos y no tan nuevos, la doctrina *neoconst* (márquense las consonantes finales para evitarse equívocos) suele mirar a desarrollos más recientes por latitudes determinadas: *El canon neoconstitucional*, eds. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Madrid, Trotta, 2010; del mismo R. ESCUDERO ALDAY, *La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente*, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos*, ed. Susanna Pozzolo, Lima, Palestra, 2011, pp. 89-117.

⁽³³⁾ La incapacidad judicial de cara al amparo directo de derechos es el detalle de partida, por la necesidad que entonces se crea de jurisdicción específicamente constitucional, de la comparación emprendida por P. CRUZ VILLALÓN, *Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, pp. 115-119. Sobre la planta decimonónica española que sigue pesando, M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007. ESCUDERO ALDAY (p. 195), remite la incapacidad judicial a secuelas de la dictadura franquista, no a la inercia de más largo tiempo del aparato judicial. Cito en el texto por páginas sus capítulos porque no van numerados.

la novedad en su momento, en dicha primera fecha: « A la hora de alabar las virtudes de esa cultura [la que llama neoconstitucional respecto al control de constitucionalidad] se realizan constantes referencias a constituciones como la italiana de 1948, sin que la constitución de 1931 merezca un mínimo comentario en dicho sentido » (p. 175). Ya lo hemos subrayado.

De salida, la diferencia principal que queda marcada es la que se refiere a la composición del órgano central de control constitucional y de amparo de derechos. 1978 establece un Tribunal Constitucional de doce miembros elegidos entre profesionales del derecho, tanto de la justicia como de la academia y de la abogacía, por los órganos constitucionales de carácter político, el Congreso, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, que no es un organismo jurisdiccional. 1931 instituye un Tribunal de Garantías Constitucionales de veintiséis miembros, entre los cuales una mayoría no procede de organismos políticos: cuatro son elegidos por las Facultades de Derecho, dos por los Colegios de Abogados y un cupo, que resultará de quince, por sufragio regional, especificándose mediante ley que en las regiones autónomas es el parlamento de la región el que elige al respectivo representante y en las no autónomas, los municipios. Añádase, para mayor contraste, que 1978 no hace previsión alguna de representación regional en el órgano de control de constitucionalidad. Frente al juicio negativo usual de parte constitucionalista respecto a la composición de 1931 ⁽³⁴⁾, Rafael Escudero creo que da en el clavo: « Tanto la composición del Tribunal [de Garantías Constitucionales] como la elección de sus miembros respondía a la filosofía republicana. Por un lado, su composición plural pretendía dar voz y, por tanto, comprometer en la defensa de la Constitución a diferentes sectores e intereses (...). Por otro, el hecho de que los miembros electivos fuera considerablemente superior al de los natos posibilitaba que fueran más las personas llamadas a participar en este procedimiento de elección » y esto « al objeto de lograr un mayor compromiso con el texto [constitucional] a través de una mayor participación e implicación en sus mecanismos de garantía » (pp. 178-179). Lo esencial es lo referente al

⁽³⁴⁾ R. ESCUDERO ALDAY (p. 179) se refiere a FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional*, en « Revista de Derecho Político » (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 16 (1982-1983), pp. 27-37, que es texto de una conferencia pronunciada en 1980. F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 3ª ed. ampliada, no ofrece esas páginas, pero tampoco criterio para la corrección o matización de dicho juicio negativo.

republicanismo sustantivo como base para el empeño de implicación y participación ciudadanas.

« El resultado, poco menos que inevitable en cualquier ambiente político, no podía ser sino el de la *desnaturalización* del órgano de control de constitucionalidad a partir de su mismo *proceso electoral* »; « en definitiva, parece difícil imaginar una composición más desafortunada desde cualquier punto de vista », ha afirmado respecto al Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 el mayor especialista español en historia del control de constitucionalidad no judicial ⁽³⁵⁾. La clave puede estar en el inciso « poco menos que inevitable en cualquier ambiente político », ¿« poco menos » y « en cualquier ambiente »? Cierto es que entre 1931 y 1939, con un minoría empeñada en destruir primero desde dentro y luego por golpe militar el constitucionalismo republicano, no hubo ambiente que favoreciese el desempeño de los órganos constitucionales en general y del Tribunal de Garantías Constitucionales en particular ⁽³⁶⁾. Mas la mala práctica no autoriza la descalificación teórica. Hay más razón en el « poco menos » que en el « cualquier ambiente ». Falló o, mejor dicho, se provocó que fallase el espíritu cívico del republicanismo sustantivo. La participación ciudadana en la recuperación del espíritu republicano con el Frente Popular de 1936 es, si es que hiciera todavía falta, prueba suficiente ⁽³⁷⁾. Por lo

⁽³⁵⁾ CRUZ VILLALÓN, *Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, cit., p. 137, con las cursivas de la primera cita correspondiendo a comillas suyas. Ampliando los supuestos de la comparación, el mismo P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 379-380, donde la segunda cita, más rotunda, sustituye a la primera.

⁽³⁶⁾ CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pp. 336-340. Para ulterior ilustración, véanse las andanzas de un pirata de la economía, por no decir capo mafia, que, a fin de blindarse judicialmente, llegó a diputado constituyente y a magistrado constitucional electo y que, junto a Benito Mussolini, fue el principal financiador inicial del golpe militar, Mercedes CABRERA, *Juan March (1880-1962)*, Madrid, Marcial Pons, 2011, cap. 4: « El Gran Corruptor ». Sobre otras contribuciones previas al golpe como la italiana, Ángel VIÑAS, *La conspiración del general Franco y otras revelaciones acerca de una guerra civil desfigurada*, ed. ampliada, Barcelona, Crítica, 2012.

⁽³⁷⁾ Como muestra elocuente, F. ESPINOSA MAESTRE, *La primavera del Frente Popular. Los campesinos de Badajoz y el origen de la guerra civil (marzo-julio de 1936)*, Barcelona, Crítica, 2007. Por su parte, para el momento previo de desesperanza republicana durante la misma República, R. ESCUDERO ALDAY (p. 45) con referencia a Sebastián MARTÍN, *Lo Stato nella Spagna degli anni Trenta: dalla Costituzione repubblicana alla dittatura franchista*, en *Lo Stato degli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in*

demás, la preferencia de 1978 por una jurisdicción profesional de control de constitucionalidad procedente de organismos políticos y sobreordenada a representación ciudadana es un elemento a añadir a la Monarquía con competencias propias como dique frente a dicho republicanismo de fondo. La misma experiencia actual del Tribunal Constitucional, el de 1978, abona la conclusión ⁽³⁸⁾. Es una institución que ha perdido la confianza de una ciudadanía con la que nunca contó ni siquiera a los efectos de celebración de audiencias públicas o de reuniones fuera de su fortaleza capitalina, qué menos en su situación constitucional ⁽³⁹⁾. De este o de otro modo, el caso es que no muestra

Europa, ed. Guido Melis, Bolonia, il Mulino, 2008, pp. 71-90; versión abreviada en « Res Publica » (revista en línea), 23 (2010), pp. 81-92; más por extenso, del mismo S. MARTÍN, *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)*, en estos « Quaderni Fiorentini », 38 (2009), *I diritti dei nemici*, pp. 861-951.

⁽³⁸⁾ ESCUDERO ALDAY (pp. 186-196) el apartado titulado « Si Kelsen levantara la cabeza ». Aunque resulte aquí más bien figura de lenguaje o guiño entre juristas, aunque otra cosa suela ciertamente pretenderse y aunque no vayamos a entrar en la competición de las influencias, tendremos confirmación indirecta de que Hans Kelsen no es la mejor referencia de autor para abordar 1931 por sí o comparativamente con 1978. En cualquier caso, la fama, y más la gremial, es lo que es. En España hay al menos una calle Kelsen, en el campus de la Universidad Autónoma de Madrid, y ninguna por ejemplo, a lo que alcanza mis noticias, por razones que supongo distintas a la de dificultad de la grafía, calle Mirkine-Guetzévitch, a quien regresaremos. Se da además al respecto la circunstancia de cierto tracto de continuidad en la presencia kelseniana dada su manipulación franquista: LUÍS LEGAZ LACAMBRA, *La influencia de la doctrina de Kelsen en la doctrina jurídica española*, en « Revista de Estudios Políticos » (Instituto de Estudios Políticos), 96 (1957), pp. 29-40; para ubicarlo, Benjamín RIVAYA, *Kelsen en España*, en la misma revista (ahora, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 107 (2000), pp. 151-177; el mismo, *Una historia de la filosofía del derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010, con dura crítica (José Ignacio LACASTA, *Caminos de terciopelo en la filosofía jurídica española*, en « Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho », 20 (2010), pp. 171-178) y réplica blanda (B. RIVAYA, *Sectarismo, corrección política y cortesía académica en la Filosofía del Derecho española*, en los mismos Cuadernos en línea y el mismo número, pp. 179-187) que interesan al Legaz Lacambra franquista kelseniano. Sólo registro todo esto por hacer ver que nunca se sabe del todo lo que hay en un nombre sea o no de calle, particularmente si se trata de conocimiento local. Si Kelsen levantara la cabeza...

⁽³⁹⁾ Compárense prácticas y procedimientos del tribunal congénere colombiano por iniciativa propia: César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010, influyendo además fuera de Colombia: B. CLAVERO, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 94 (2012), pp. 29-60. Para ampliación

conciencia de una deficiencia de legitimidad tanto por su contexto constituyente como por su composición constitutiva ni, aún menos, de la conveniente deferencia hacia determinaciones de instancias representativas o de la propia ciudadanía ⁽⁴⁰⁾.

La justicia constitucional de 1931 no se reduce al Tribunal de Garantías Constitucionales. Para la cuestión esencial del amparo de derechos, el mismo sólo representa una instancia superior. Así es como lo presenta a este efecto la Constitución: « Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: [...] b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades » (art. 121). Entre estas otras autoridades, se cuenta por la misma Constitución con una instancia específica: « La ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales » (art. 105). La propia Constitución, siempre la de 1931, también hace previsión de participación regular de la ciudadanía en la función judicial: « El pueblo participará en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, cuya organización y funcionamiento serán objeto de una ley especial » (art. 103). Si no perdemos de vista el espíritu republicano, sería de esperar que la instancia judicial ordinaria de amparo de derechos respondiese a la previsión de participación ciudadana acercándose a un tribunal de jurado con autoridad superior a la justicia profesional que habría también de concurrir. Lo digo todo esto en condicional puesto que los Tribunales de Urgencia quedaron inéditos. Jurados de Urgencia se instituyeron en las circunstancias extraordinarias de la guerra civil, con la justicia profesional en desbandada, pero no haciéndose referencia explícita a dichas previsiones constitucionales ni

del escenario comparativo, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, eds. Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, Aldershot, Ashgate, 2006.

(40) Es un problema general de las jurisdicciones constitucionales concentradas, pese cuanto pese a Kelsen: Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard College, 2004. En España, tanto bajo 1931 como, hasta el momento, bajo 1978, los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional más adversos a determinaciones ciudadanas mediante procedimientos constitucionales han perjudicado especialmente a la autonomía de Cataluña. Para noticia del momento normativo actual, entre una amplia literatura, Joaquín TORNOS MAS, *La sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, en « Istituzioni del Federalismo. Rivista di Studi Giuridici e Politici », 32 (2011-1), *La differenziazione regionale e i suoi limiti: un confronto tra Italia e Spagna*, pp. 13-46.

respondiendo de hecho a las mismas ⁽⁴¹⁾. Centrándose en el control de constitucionalidad más que en el amparo de derechos (p. 180: «El control de la constitucionalidad de las leyes es la razón de ser de la jurisdicción constitucional»), *Modelos de democracia en España* no entra en la consideración de la instancia primaria de justicia de amparo ⁽⁴²⁾.

3. *1931 versus 1978: II. Derechos y garantías constitucionales e internacionales.*

Mírese el asunto comparativamente entre el antes y el después o también el mientras del establecimiento de jurisdicción constitucional específica. Entender que la misma acude, en 1931 como en 1978, a la defensa de la Constitución cual norma superior equivale a la aseveración más tradicional, de procedencia decimonónica, en el sentido de que el Tribunal Supremo se debería a defensa de ley con los poderes correspondientes sobre la misma y sobre la justicia ⁽⁴³⁾. En uno o en

⁽⁴¹⁾ N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Justicia penal de guerra civil*, en sus *Ensayos de derecho procesal: civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 253-294 (originalmente, *Justice pénale de guerre civile*, en « Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé », 1938, 4, pp. 633-671). Actualmente, en la Universidad de Sevilla, Sebastián Martín dirige a Enrique Roldán en una tesis doctoral sobre la justicia durante la guerra civil en el territorio republicano. La Constitución de 1931 se mantuvo incluso en vigor tras las derrota bélica, pero ya sólo a efectos limitada y desigualmente políticos, mediante sucesión en las jefaturas de Estado, de Gobierno y de los Gobiernos autónomos catalán y vasco, con la esperanza de recuperación del tracto constitucional, posibilidad que se fue extinguiendo y sería definitivamente cercenada por golpes y giros internos de los principales partidos supervivientes de raíz republicana: Juan Antonio ANDRADE BLANCO, *El PCE y el PSOE en (la) transición. La evolución ideológica de la izquierda durante el proceso de cambio político*, Madrid, Siglo XXI, 2012 (PCE=Partido Comunista Español; PSOE=Partido Socialista Obrero Español).

⁽⁴²⁾ ESCUDERO ALDAY no se encuentra en absoluto sólo respecto a la postergación de un elemento tan clave para caracterizar el sistema: Joan Oliver ARAUJO, *El recurso de amparo en la Segunda República Española (1931-1936) y la posterior guerra civil (1936-1939)*, en « Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional », 14 (2010), pp. 323-346. Recientemente lo ha tratado de forma poco apreciativa, Ángela FIGUERUELO, *Aspectos históricos de la jurisdicción constitucional de la libertad en España*, en « Derecho en Libertad » (Facultad Libre de Derecho de Monterrey, revista en línea), 4 (2010), pp. 59-98.

⁽⁴³⁾ Para muestra a la contra de las posiciones dominantes, aun complaciente con las raíces decimonónicas, Jordi DELGADO CASTRO, *La historia de la casación civil*

otro grado, con uno o con otro término de referencia, el de la Constitución o el de la ley, la función característica de las jurisdicciones superiores ¿no ha de ser otra que la nomofiláctica? ¿No hay instancia superior que se deba, por encima incluso de norma, a la defensa de derechos? ¿No se le tiene como institución jurisdiccional de Estado, aparte de que la haya a diversas escalas internacionales en defensa de derechos humanos? ¿Y no es esa del amparo la función obligada de la propia justicia ordinaria desde su primera o básica instancia? Tampoco es que se trate de cuestiones inconexas. Al fin y al cabo, la Constitución y la ley como se defienden es promocionándose y asegurándose derechos. En total, con el nexo, parece que, para aclararnos en relación al núcleo de la comparación entre 1931 y 1978, no hace falta que entremos en la serie de asuntos tratados por *Modelos de democracia en España*. La constitucionalidad garante de derechos y los derechos mismos marcan los vínculos más estrechos entre 1931 y 1978, los que más justifican la tarea de la comparación con miras al aprovechamiento de la primera experiencia por la segunda, la actual. Vengamos entonces a lo que resulta una clave, la clave de los derechos. ¿Qué son los derechos para este par de Constituciones?

Venimos a los derechos, lo fundamental también, por supuesto, para Rafael Escudero. En el epigrafiado de los capítulos de *Modelos de democracia en España* los derechos se presentan como derechos humanos (pp. 243-275: « Tomarse en serio los derechos humanos ») con un concepto particular del calificativo. Se trata de los derechos constitucionalizados, entendiéndose que tanto 1931 como 1978, aunque no lo formulen en estos términos, lo que hacen es constitucionalizar derechos humanos, los mismos además sustancialmente en una Constitución y en la otra. Ambas registran una amplia gama que va desde los derechos de

española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina, en « Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso », 33 (2009), pp. 345-367. Sobre las raíces ya está registrada la cita de M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes*; añádase, de la misma coordinadora, *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009. Es historia a tener en cuenta pues revela hasta qué punto está en España cargado de decisionismo jurisdiccional, por no decir despotismo, el principio de legalidad, dígase ahora también de constitucionalidad puesto que el Tribunal Constitucional no está en absoluto inmune. Como hemos visto, ESCUDERO ALDAY (pp. 35-36) presenta el « imperio de la ley » como uno de los « valores republicanos », sin mayores cautelas ni siquiera cuando llega al apartado de « El parlamento, sede del poder legislativo » (pp. 132-149).

libertad personal a los derechos de índole social, bien que produciéndose respecto a estos últimos, como enseguida veremos, la divergencia más relevante. De derechos constitucionales sólo así se trata. ¿Y qué ocurre entonces con el cuerpo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, algo que no existía en 1931 y que en cambio estaba ahí en 1978, desarrollándose además notablemente desde entonces? Dicho de otro modo, ¿qué ocurre con los llamados, sin más, derechos humanos conforme al entendimiento jurídico común? Sobre su suerte nos interrogaremos luego, aunque, como digo, este libro no los contemple distintamente. Los derechos que dice humanos son los derechos constitucionales de esa otra forma calificados para resaltar su valor: « Si desde la Constitución [la republicana de 1931] debía iniciarse el cambio social y la transformación de los equilibrios de poder existentes en la sociedad española, el impulso sólo podría completarse a través de este potente instrumento que son los derechos humanos: un conjunto de normas que garantizan el acceso a los bienes que hacen digna la vida de las personas » (p. 244). Desde una visión más filosófica, por no decir idealista, que histórica, por no decir realista, considera que tales derechos humanos vienen desarrollándose desde el liberalismo clásico (p. 31), desde un constitucionalismo que sabemos profundamente discriminatorio.

La materia neurálgica de los derechos se nos explica que se articula mal tanto en 1931 como en 1978, pero con una diferencia de extrema importancia. Mientras que esta deficiencia no tiene mayor alcance constitucional en la primera Constitución, responde en la segunda, en la vigente, a una agenda apenas oculta. La misma distingue entre derechos fundamentales, otros derechos de los ciudadanos y unos restantes derechos que no lo son, que no son en rigor derechos, con garantía decreciente de los primeros a los terceros. Aquí no nos hace falta entrar en los detalles que el libro no deja de desmenuzar (pp. 252-263). Baste con que resaltemos una discriminación entre derechos que se produce en 1978 y no en 1931. En la Constitución actual sólo los derechos fundamentales son defendibles mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53.1 y 161.1.b), un recurso cuya admisión queda además hoy, no en el diseño constitucional, a su discreción. En el extremo de inferior protección, están los derechos que no lo son, derechos que se formulan con el nombre, pero que figuran bajo epígrafe que no los anuncia como pertenecientes a la categoría: « De los principios rectores de la política social y económica » (tít. I, cap. III). Como principios y no entonces en rigor derechos, no pueden ser objeto de amparo ni constitucional ni judicial, sino sólo de atención política aún más discrecional. Ahí comparecen derechos económicos, sociales y culturales. Una prueba concluyente de su indefensión, si

necesidad hay de tenerla aparte de la textual, la ofrece la última reforma constitucional que, en 2011, por mera decisión parlamentaria sin participación ciudadana, ha sentado el principio de la estabilidad presupuestaria de todas las administraciones públicas y la prevalencia de la atención a la deuda en detrimento radical de políticas promotoras de derechos sociales e incluso, colateralmente, de garantías institucionales de libertades personales, pues todo tiene costo y para todo han de marcarse prioridades u omisiones ⁽⁴⁴⁾. Algo así como la reforma de 2011 hubiera sido llanamente impensable bajo 1931.

Todo esto, nos explica el autor, tiene también que ver con el espíritu republicano que inspira a 1931 y no, aun pudiendo ser compatible con Monarquía, a 1978. Con los derechos económicos, sociales y culturales no sólo se garantizan aspiraciones legítimas de las personas, sino que también se contribuye a la construcción del espacio público para el desarrollo de la participación ciudadana y el fomento de la virtud cívica: « Al vincular a las personas con las instituciones, constituyen [los derechos en general] una buena oportunidad para ir cons-

(44) El mismo R. ESCUDERO ALDAY, *Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011*, en « Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad » (revista en línea), 2 (2012), pp. 86-98; también, G. PISSARELLO, *Una reforma constitucional para la periferia europea*, en « Revista de Economía Crítica », 11 (2011), pp. 160-170; José MATEOS, *Reflexiones sobre la validez y revocabilidad de la reforma de la Constitución Española producida en 2011*, en « Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas », 28 (2013), pp. 163-196; Diego López Garrido (dir.) y M^a Luz Martínez Aragón (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. Y hablándose de reforma constitucional conviene recordar que el mismo gobierno que promueve ésta, el de signo socialista ya referido porque quiso infundir republicanismo a la política y al derecho inspirándose en la obra de Philip Pettit, planteó sin éxito una que afectaba en mayor medida al texto constitucional, mas no conteniendo elemento alguno de republicanización sustantiva, sino con motivación incluso a la contra, pues intentaba cerrar el proceso de desarrollo de autonomías territoriales que la Constitución había dejado abierto, afianzar la pertenencia de España a una Europa de régimen en sí nada republicano y constitucionalizar la imagen de la Monarquía mediante la eliminación de la discriminación de género en su sucesión como si su proscripción constitucional no bastase: Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008; *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, para información ulterior más que como respaldo de mis aseveraciones. Las previsiones constitucionales sobre procedimientos de reforma (1978, arts. 166-169), en las que aquí no vamos a entrar, tampoco es que por sí favorezcan la participación o, aún menos, pues nada, la iniciativa ciudadana, en coherencia al cabo con el propio proceso constituyente.

truyendo la cultura ciudadana de respeto y compromiso con lo público » (p. 245); « su vocación integradora [de 1931] se manifiesta con toda su intensidad por medio de su comparación con el texto de 1978, mucho más 'prudente' a la hora de dar entrada a sujetos [de derechos] y materias [de objeto de derechos] en el espacio público » (p. 246); el texto de 1931 « abrigaba una visión integral de los derechos, sin establecer diferentes grados de protección en función de una mayor o menor relevancia, otorgando a todos ellos el mismo estatuto jurídico » (p. 253). Algo hay que matizar acto seguido. Bajo 1931, « fue la legislación de desarrollo la que circunscribió el recurso de amparo a ciertos derechos. En cambio, ahora [bajo 1978] es el propio texto constitucional el que ya de partida otorga mayor protección a ciertos derechos » (p. 253). « De la obsesión republicana por la máxima integración de materias y sujetos en el espacio público, de su interpretación de la constitución como un instrumento de transformación social, se pasó a la contemporización del texto de 1978, más reformista que transformador, producto de un tiempo y de unas circunstancias nada proclives a las demandas sociales y de participación ciudadana » (p. 263). Algo tan intangible como la concepción de los derechos puede desde luego materializarse.

Algún matiz ha de agregarse que el autor tan sólo deja insinuado. Bajo la Constitución de 1931, se « limitaba el recurso de amparo a las garantías individuales (junto con el añadido de la libertad sindical), recogiendo bajo esa expresión los derechos típicos de la tradición liberal », bajo la expresión de « garantías individuales » (p. 194). Es la legislación de desarrollo la que trajo estas limitaciones, ya lo sabemos, pero cierto es también que la Constitución parecía ofrecer base titulado el primer capítulo de derechos, primero del título III, como « Garantías individuales y políticas » y hablando luego para referirse al amparo de derechos, como hemos visto, tanto para los Tribunales de Urgencia como para el Tribunal de Garantías Constitucionales, en tales términos de « garantías individuales ». Garantía es el sustantivo que califica al mismo órgano de control de constitucionalidad como si su competencia de amparo, con dicha adjetivación de individualidad repetida, fuese comparativamente la más importante de entre sus funciones. ¿Todo esto ofrecía realmente base a las limitaciones en el amparo de derechos introducidas por la legislación de desarrollo? La obra no se enfrenta con este extremo para cuyo abordaje creo que ha de acudir al lenguaje constitucional de la época. Hay una pista que el propio autor nos brinda, la del constitucionalismo mexicano, la del texto de la Constitución federal mexicana de 1917, un texto bien presente en 1931. No todo pasa por Alemania ni mucho menos (pp.

282-288 y 323) ⁽⁴⁵⁾. En todo caso, tanto Querétaro como Weimar transpiraban republicanismo sustantivo. Para lo segundo, para la Constitución alemana de 1919, ha de advertirse lo mismo que para el 1931 español, esto es, que no se confunda el constitucionalismo republicano con su derrota por aquellos tiempos de acoso y derribo ⁽⁴⁶⁾.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos presentaba un primer título bajo el epígrafe « De las garantías individuales », el que se ocupa de derechos sin reducirse, por ostentar dicho nombre, a los de carácter individual. Bajo ese rótulo se registran derechos sociales como en relación a derecho colectivo del trabajo que luego se contempla por la misma Constitución o, más categóricamente, con respecto a tierras y

⁽⁴⁵⁾ *Constituciones de Europa y América. Selección de textos vigentes*, eds. Nicolás Pérez Serrano y Carlos González Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, tomo II, pp. 147-231, para la Constitución mexicana; tomo I, pp. 29-75, para la alemana; el mismo N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución Española (9 Diciembre 1931). Antecedentes, textos, comentarios*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932. También podía contarse con *Las nuevas Constituciones del mundo*, ed. B. Mirkiné-Guetzévitch, Madrid, Editorial España, 1931, con la de México como única procedente de América (no considerada obviamente en sus *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, Delagrave, 1928, aunque sí, con posterioridad, en sus *Les Constitutions des nations américaines*, Delagrave, 1932). De la Constitución mexicana, interesa en este momento el texto de entonces, de las alturas de 1931, no el actual ni el original, de 1917, pues median reformas que inciden hasta en los epígrafes como enseguida veremos. No ayuda mucho, por decir poco, M^a Pilar VILLABONA, *La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931*, en « Revista de Estudios Políticos », 31-32 (1983), pp. 199-208, con el tópico de la relación en lo que no parece precisamente que la hubiera, en materia de amparo de derechos, y el anacronismo también habitual al efecto, el de « existencia de una tradición común: la de las instituciones medievales de la Corona de Aragón » que presuntamente ya ampararían derechos (p. 207). Respecto a otras novedades constitucionales que se fueran sucediendo, como precisamente la de España en 1931, MIRKINE-GUETZÉVITCH daba noticia sobre la marcha en órganos periódicos de difusión transnacional, por ejemplo en « The Political Quarterly », que luego integraba en sus publicaciones exentas.

⁽⁴⁶⁾ Peter C. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, Duke University Press, 1997; *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, eds. Arthur J. Jacobson y Bernhard Schlink, Berkeley, University of California Press, 2000, antología y estudios que empezaron sintomáticamente a prepararse tras 1989 bajo el entendimiento (p. xi) de que « Weimar offers a dark but useful paradigm for states in which constitutionalism and the rule of law must confront lasting and entrenched anti-democratic and anti-liberal forces ». En un proyecto de mayor aliento, Michael Stolleis, *Geschichte der öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Munich, C.H. Beck, 2002.

recursos de comunidades indígenas (47). Garantías individuales no sólo significaba garantías de derechos de individuos, sino también garantías específicas de los derechos sin más por efecto de su registro constitucional. El derecho no depende de Constitución, que los reconoce y declara, siendo su garantía lo que la misma puede aportar y aporta. Si esto es lo que se tenía a la vista en un texto de fuerte inspiración republicana en el sentido más sustancial como el mexicano, ¿no podía utilizarse la expresión de « garantías individuales » con el alcance visto en la confianza de que ello no implicaba restricción alguna, sino todo lo contrario? En la Constitución federal mexicana el epígrafe se ha mantenido sin problemas hasta recientemente, hasta una reforma de 2011 que lo ha reformulado. Actualmente reza « De los derechos humanos y sus garantías », viniendo así a anteponer derechos a garantías, no por entenderse ahora que los primeros dependen de Constitución, sino por todo lo contrario. No es que se denominen derechos humanos a los derechos constitucionales, sino que se produce la incorporación al propio ordenamiento constitucional del cuerpo normativo del derecho internacional de los derechos humanos en su mismo estado dinámico o en crecimiento no dependiente de México. Es un movimiento en auge últimamente por América Latina. El caso mexicano no es el único de tal recepción global abierta, no de todo el derecho internacional, sino, distinguiéndosele, del entero ordenamiento supraestatal de los derechos humanos (48).

Una Constitución, la federal mexicana, que procede de tiempos anteriores al derecho internacional de derechos humanos, lo misma que la española de 1931, ha venido finalmente no sólo a reconocerlo, sino a incorporarlo. A estas alturas de la historia, resulta llamativo que *Modelos de democracia en España*, una exposición tan sensible para con los derechos, ni siquiera identifique la existencia de los derechos humanos

(47) B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, cap. 1: « Parábola de Ackerman. Originalidad constitucional americana »; Néstor DE BUEN, *El sistema laboral en México*, en *Panorama internacional de derecho social. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Patricia Kurczyn (coord.), México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 125-141, ap. 2: « El nacimiento inesperado de artículo 123 constitucional en 1917 ».

(48) B. CLAVERO, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, en *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, Adriana Luna, Pablo Mijangos y Rafael Rojas (coords.), México D.F., Taurus, 2012, pp. 421-453; *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 97 (2013), pp. 181-199.

como cuerpo normativo del ordenamiento internacional. Más llamativo resulta si reparamos en que una de las más palmarias diferencias con efectos constitucionales bien sustanciales entre 1931 y 1978 radica en este capítulo del derecho internacional de los derechos humanos. Comencemos señalando que la segunda Constitución, la actual, marca distancias admitiendo un valor sólo interpretativo, no directamente normativo, del derecho internacional de los derechos humanos: « Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España » (1978, art. 10.2). Podría pensarse que, conforme a las propias reglas de vigencia de los instrumentos internacionales, esto ha sido modulado por la jurisprudencia en la línea de conferirle un valor superior al derecho internacional de los derechos humanos ⁽⁴⁹⁾, pero no ha sido patentemente así. Dichas distancias constitucionales siguen severamente pesando en la práctica judicial y en la doctrina constitucional ⁽⁵⁰⁾. A lo que ahora importa, respecto a 1978, el contraste de 1931 resulta realmente acusado.

1931 contiene manifestaciones de internacionalismo por consideración y para ampliación de derechos a pesar de que todavía no existía el derecho de los derechos humanos, pero sabiendo sintonizar con una

⁽⁴⁹⁾ La actual Constitución del Perú, de 1993, frente a la posición más acogedora de la precedente, de 1979, copia la fórmula de distanciamiento española: « Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú » (Disposiciones Finales y Transitorias, Cuarta). Posteriormente, en 2004, un Código Procesal Constitucional representa un giro que en España en cambio no se ha producido. Mantiene, pues es obligado, la fórmula constitucional, pero añadiendo como término de referencia la jurisprudencia internacional, lo que puede servir para aminorar y hasta cancelar el distanciamiento: « El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte » (art. 5): FRANCISCO EGUIGUREN, *El nuevo código procesal constitucional peruano*, en « Estudios Constitucionales » (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2 (2004), pp. 351-368.

⁽⁵⁰⁾ Como muestra sangrante, B. CLAVERO, *España 1978. La amnesia constituyente*, cap. 6: « Derechos humanos, jurisprudencia española, crimen de lesa ciudadanía y responsabilidad del Estado ».

tendencia ya viva de interactividad entre órdenes constitucional e internacional ⁽⁵¹⁾. He aquí sus primeros pronunciamientos al respecto: « España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional » (art. 6); « El Estado español acatará las normas universales del derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo » (art. 7). En esto segundo adoptaba la fórmula acuñada por Weimar ⁽⁵²⁾. Para lo primero se atenía al llamado Pacto Briand-Kellog, de 1928, con su compromiso de recurrir en exclusiva a medios pacíficos, salvo en caso de legítima defensa, para resolverse diferendos entre Estados ⁽⁵³⁾. Especificaba

⁽⁵¹⁾ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Derecho constitucional internacional* (1933), Madrid, Reus, 1936; hay reedición, Clásicos Reus, 2009, con estudio preliminar prescindible. Para la ubicación de 1931 en el constitucionalismo más renovador de su época, presta ayuda Mark MAZOWER, *Dark Continent. Europe's Twentieth Century*, Nueva York, Knopf, 1998, cap. 1: « The Deserted Temple: Democracy's Rise and Fall » (con traducciones: *La Europa negra, Le Continent des ténèbres, Le Ombre dell'Europa...*). Para la vertiente internacional, el mismo M. MAZOWER, *Governing the World: The History of an Idea*, Nueva York, Penguin, 2012, cap. 5: « The League of Nations ».

⁽⁵²⁾ El ejemplo que no ofrecía México, puesto que seguía al propósito el tenor de la Constitución de los Estados Unidos vecinos (art. 133: « Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión... »), lo brindaba en este punto ciertamente Weimar: « Las reglas del derecho de gentes universalmente aceptadas rigen como parte integrante y obligatoria del Derecho del *Reich* alemán » (art. 4: trad. citada de N. Pérez Serrano y C. González Posada, sin verter « Reich » por Estado o por República; art. 1: « El *Reich* alemán es una República... »). En la edición *Las nuevas Constituciones del mundo*, ed. B. Mirkine-Guetzévitch, se traduce, pero sin sustituir: « *Reich* (Estado) ». Hay versiones de Weimar con la traducción equívoca de *Imperio*: « El Imperio alemán es una República ».

⁽⁵³⁾ League of Nations, *Treaty Series. Publication of Treaties and International Engagements registered with the Secretariat of the League of Nations*, vol. 93, 1929-1930, n° 2123, pp. 343-363: *Règlement Pacifique des Différends Internationaux — Pacific Settlement of International Disputes*. Ana M^a Tamayo Barrena, *España ante el Pacto Briand-Kellog*, en « Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea » (Universidad Complutense de Madrid), 5 (1984), pp. 187-213, apenas alude al final, sin concederle mayor transcendencia, al momento constitucional de 1931; previamente el Pacto había sido ratificado por el general Primo de Rivera como parte de su política de pantalla en procura de la aceptación internacional de la dictadura que encabezaba. Compensan desde luego escritos de la época: José Ramón de ORÚE, *Preceptos internacionales en la Constitución de la República española*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », 160 (1932), pp. 385-465 (hubo tirada exenta, Reus, 1932), en particular pp. 416-426; B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, Reus, 1934 (Clásicos Reus, 2013), cap. 8: « La nueva Constitución española y el *Ius*

más: « Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquellos se disponga » (art. 65); « Los proyectos de Convenio de la Organización Internacional del Trabajo serán sometidos a las Cortes en el plazo de un año y, en caso de circunstancias excepcionales, de dieciocho meses, a partir de la clausura de la Conferencia en que hayan sido adoptados. Una vez aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República suscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones » (art. 76); « El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones » (art. 77) ⁽⁵⁴⁾. 1931 también adoptaba el germen de derecho de derechos humanos que entonces existía o comenzaba a gestarse: el Estado defenderá a la infancia « haciendo suya la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño » (art. 43), declaración que la Sociedad de Naciones había adoptado en 1924 ⁽⁵⁵⁾.

Gentium Pacis » (no incluido en las ediciones de *Les nouvelles tendances du droit constitutionnelle*, Marcel Giard, 1931, y LGDJ, 1936); anteriormente, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH y Egidio REALE, *L'Espagne*, París, Delagrave, 1933, se habían ocupado de la materia constitucional, pero sin detenerse especialmente en el capítulo de derecho internacional. S. PINON, *Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel*, en « Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques », 46 (2007), pp. 183-212, subraya, sin explorarla (p. 187), la influencia de este constitucionalista en la España de la República.

⁽⁵⁴⁾ Respecto a la recepción del derecho internacional del trabajo, único elemento de toda esta operación constitucional de incorporación normativa que toma en consideración, R. ESCUDERO ALDAY (p. 284) la remite a la política de ratificaciones de la República y no al mandato de su Constitución.

⁽⁵⁵⁾ Geraldine VAN BUEREN, *The International Law of the Rights of the Child*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 6-9: esta Declaración de 1924, como la de Naciones Unidas de 1959, se plantea en términos de protección de la infancia más que de derechos de niños, niñas y adolescentes, lo que sólo se corregirá por las mismas Naciones Unidas, aunque esta discontinuidad no se resalte por Van Buren, con la Convención de Derechos del Niño de 1989 y la obra consiguiente del Comité sobre los Derechos del Niño. No suele hoy recordarse aquel arranque de 1924: Clark BUTLER, *Children's Rights: A Historical and Conceptual Analysis*, en el propio *Child Rights: The Movement, International Law, and Opposition*, ed. C. Butler, Lafayette, Purdue University Press, 2012, pp.

Los perfiles de 1931 y 1978 respecto a derecho internacional no pueden ser más contrapuestos, lo cual puede que también se encuentre en relación con el espíritu republicano propio de una Constitución y no en la otra. El internacionalismo guardaba desde luego correspondencia con el republicanismo sustantivo. Se identificaba con él en su vertiente de solidaridad transnacional, de una solidaridad que se extendía más allá de la propia ciudadanía. El internacionalismo fue uno de los elementos de identificación de lo que se entendió como nuevo constitucionalismo o, según suele decirse hoy sin mucha constancia de la trayectoria histórica, *neoconstitucionalismo*. Era un horizonte de evolución constitucional que intentó recuperarse tras la hecatombe de los fascismos de Estado y la guerra total. ¿Sus claves a las alturas de 1931? La primacía de los derechos, los mecanismos de garantía, la elevación de principios e incluso procedimientos a escala internacional y, tampoco se olvide, aunque de esto no hayamos aquí tratado ⁽⁵⁶⁾, un replan-

13-36. La preterición me llevó a minusvalorar el alcance en su momento de la Declaración de 1924 dentro del apartado de «derecho supranacional» del capítulo de la Constitución de 1931 de mi *Manual de Historia Constitucional de España*, aunque lo usual sea no registrar ni siquiera este tipo de detalles en las exposiciones manualísticas. Por esto que ahora nos importa, lo significativo es que 1931 asumiera sin reservas y como derecho constitucional aquella pieza en todo caso pionera de derecho internacional, un detalle de contraste mayor con la posición de 1978 de cara a los derechos humanos ya a sus alturas existentes.

⁽⁵⁶⁾ M. MAZOWER, *Dark Continent. Europe's Twentieth Century*, p. 20, presenta la Constitución española de 1931 como «the most modern in inter-war Europe» en el sentido de la más evolucionada, no de la más reciente o última de aquel periodo pues esto hubiera supuesto ignorar la Constitución irlandesa de 1937, de la que ahora se ocupa, como ya sabemos, S. MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*. Pues bien, tal valorización la realiza en base a la potenciación del poder ejecutivo haciéndole incluso partícipe de funciones legislativas frente a la enervación de la democracia por la primacía del parlamentarismo, lo cual, añadamos, es desde luego más plausible constitucionalmente en una República como la de 1931 que en una Monarquía como la de 1978, Monarquía que ha acentuado el reforzamiento del poder ejecutivo. En todo caso, este elemento resultó tan problemático que su principal valedor doctrinal, no otro que Mirkine-Guetzévitch, lo acabaría dando por fracasado: J. CORCUERA, *El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931*, p. 43. Hemos hecho referencia a la frustración que derivara de la potenciación de la Presidencia de la República. Convendrá aquí recordar que el fortalecimiento del poder ejecutivo se inició de forma más bien solapada en el siglo XIX en relación con la expansión del colonialismo, factor que debiera tomarse en consideración por la historia constitucional: B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*; M. Lorente y J. Vallejo (coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Plantean la cuestión en términos comparados, incluyendo el caso español, Lauren

teamiento de la dinámica de los poderes más políticos, el legislativo y el ejecutivo, de forma que se contrarrestasen los perjuicios causados por un entendimiento de la soberanía, dígase tanto nacional como popular, no situada en el contexto de los derechos conforme al sentido del doble criterio de democracia aquí expuesto al inicio ⁽⁵⁷⁾. Como republicanismo transnacionalista, era más que constitucionalismo de Estado. Para la cultura académica, podía todo ello resultar tan difícil de asimilar como fácil de desahuciar, lo que no quiere decir que fuera lo mismo para la cultura política y social, una cultura por entonces, en la República, de fuerte impronta socialista y anarquista ⁽⁵⁸⁾. Hoy, salvándose las distan-

BENTON, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; sin incluirlo, Stephen MORTON, *States of Emergency: Colonialism, Literature and Law*, Liverpool, Liverpool University Press, 2013; para el caso muy expresivo de la Jamaica británica, R.W. KOSTAL, *A Jurisprudence of Power: Victorian Empire and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005; sobre España, Josep Maria FRADERA, *Colonias para después de un Imperio*, Barcelona, Bellaterra, 2005.

⁽⁵⁷⁾ La obra paradigmática para todo esto fue la de Boris Mirkine-Guetzévitch. La insistencia en lo nuevo de sus títulos que se habrá advertido, no se refiere tan sólo a lo reciente en el tiempo, sino a una renovación sustantiva del constitucionalismo que enlazó su trayectoria de antes y de después de la guerra mundial, con una visión así del hoy llamado *neoconstitucionalismo* de más amplia *durée* de lo que ahora suele tomarse en consideración y en la que, por lo que toca a España, se ubica, con todo, más 1931 que 1978. Lo digo también porque, sin servirse al efecto de Mirkine-Guetzévitch, tal es en sustancia la perspectiva que resulta de ESCUDERO ALDAY. Por su parte, S. MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*, entiende que Mirkine-Guetzévitch está superado porque el mismo constitucionalismo de derechos se habría revelado insuficiente, propugnando la superposición del valor de la *dignidad humana* al de los *derechos humanos*, y esto no para integrar culturas que no reconocen la categoría de los derechos, sino para recuperar en el universo constitucional religión y, más en concreto, cristianismo. Recuérdese S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard College, 2010. La propuesta de constitucionalismo de derechos de fundamento cristiano, incluso católico, la denomina Moyn *newer constitutionalism*, más nuevo que el nuevo, *novoneoconstitucionalismo* si seguimos con el gusto de las palabrotas. Ante esto y con todos sus condicionamientos históricos e incluso extravíos, alguno admitido como el de la potenciación incauta del poder ejecutivo, Mirkine-Guetzévitch está vivo, merece estarlo, y con ello, en España, 1931.

⁽⁵⁸⁾ Para la cultura académico-política, S. MARTÍN, *Sobre olvidos históricos, semblanzas jurídicas y estrategias políticas*, en « Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija — Revista de Historia de las Universidades », 12 (2009), pp. 217-242; *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945)*, en « Historia Constitucional » (revista en línea), 11 (2010), pp. 89-125, y 12, 2011, pp. 161-201; siempre del mismo Sebastián Martín (ed. y estudio), *El Derecho Político de la*

cias marcadas por el desenvolvimiento del derecho internacional, podrían acusarse no sólo en España problemas semejantes de cara al valor normativo de los derechos con independencia de su reconocimiento por el Estado ⁽⁵⁹⁾. Otra cara de la moneda es la modulación doctrinal de los derechos humanos subordinándolos a categorías menos normativas como la de dignidad humana o la de valores constitucionales no identificados estrictamente con los derechos mismos ⁽⁶⁰⁾. *Modelos de democracia en España* tiene también este otro contexto de ubicación.

Segunda República: Francisco Ayala, Eduardo L. Llorens, Nicolás Pérez Serrano, Madrid, Universidad Carlos III, 2011. Para constancia de la cultura político-social que asumía la Constitución, pero no se encerraba en ella, o que, dicho de otro modo, era republicana antes y más que constitucional, Julio ARÓSTEGUI, *Largo Caballero. El tesón y la quimera*, Madrid, Debate, 2013. Pero éste es otro tema o, dicho mejor, otra dimensión del mismo tema del republicanismo sustantivo, la dimensión que definitivamente no se reclinaba en norma de Estado ni aunque fuese la constitucional, fuera de la cual hay vida e incluso vida constitucional. Interesan a efectos comparativos tanto a 1931 como a 1978, dos Constituciones precedidas por dictaduras y por una historia más larga de constitucionalismo deficiente, trunco y lastrado, mal llamado liberal, estos «Quaderni Fiorentini», 28 (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*.

⁽⁵⁹⁾ Una gráfica ilustración se tiene con la acuñación de la categoría de *bloc de constitutionnalité* por el Consejo Constitucional francés y su recepción por el Tribunal Constitucional español, en el primer caso para remediar la falta de registro de derechos en la Constitución propia incorporando una declaración del mismo Estado, la de 1789, y en el segundo para articular con la norma constitucional los Estatutos de Autonomía territoriales; en ningún caso para integrar derechos humanos del orden internacional: Louis FAVOREU y F. RUBIO LORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991. Por América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la obligación de los Estados de un control de convencionalidad, sumado al de constitucionalidad, en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no al derecho internacional global, con lo que la categoría de bloque de constitucionalidad, allí donde se le ha recibido también, llega a extenderse al derecho supraestatal regional: Manuel Fernando QUINCHE, *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*, en «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional», 12 (2009), pp. 163-190; Jorge Andrés MORA MÉNDEZ, *El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del derecho*, en «Revista Republicana» (Corporación Universitaria Republicana), 12 (2012), pp. 217-237.

⁽⁶⁰⁾ Para constancia de una diversidad de posibilidades, pues no sólo existe la de miras religiosas de S. Moyn, el mismo volumen citado *Understanding Human Dignity*, ed. C. McCrudden. Hay intercambio previo en el que puede ya apreciarse que cabe una modulación de los derechos humanos por consideración a culturas con las que puede haber mejor comunicación a través de la categoría más general o menos jurídica de dignidad humana: Paolo G. CAROZZA, «*My Friend is a Stranger*»: *The Death Penalty and*

El autor de *Modelos de democracia en España* también se distingue en el terreno de la solidaridad transnacional que trasciende al constitucionalismo de Estado, no reclusándose en los espacios de la cultura académica ⁽⁶¹⁾, por lo que todavía parece más intrigante la ausencia clamorosa del derecho internacional, inclusive el de derechos humanos, entre la serie de capítulos de su comparación de 1931 con 1978. ¿Cómo puede producirse tal cortocircuito, tamaño apagón, tan grave avería, de los derechos humanos efectivamente normativizados? ⁽⁶²⁾. No es caso único, de individuo o de escuela, por lo que más procede todavía poner

the Global 'Ius Commune' of Human Rights, en « Texas Law Review », 81 (2003), pp. 1031-1089; C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, en « The European Journal of International Law », 19-4 (2008), pp. 655-724; P.G. CAROZZA, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, en la misma revista europea, 19-5 (2008), pp. 931-944; Jürgen HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, en « Metaphilosophy », 41-4 (2010), *Symposium on Human Rights: Origins, Violations, and Rectifications*, pp. 464-480. Entre dichas culturas más receptivas a dignidad que a derechos no cabe desde luego incluir a España o a otras latitudes europeas o americanas donde, especialmente durante dictaduras, se ha usado y abusado de la alegación religiosa o más en concreto cristiana de la dignidad humana precisamente contra derechos humanos.

⁽⁶¹⁾ *Segregados y reclusos. Los palestinos y las amenazas a su seguridad*, ed. R. Escudero Alday, Madrid, Fundación Iepala, 2008, donde no faltan páginas sobre derechos humanos en su sentido de cuerpo normativo internacional tomados en serio. Del mismo *Los derechos a la sombra del Muro. Un castigo más para el pueblo palestino*, ed. R. Escudero Alday, Madrid, Catarata, 2006; también, *Intervención divina. El fracaso del Derecho en Palestina*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, a propósito de la película de 2002 de Elia Suleiman, *Intervención divina. Una crónica de amor y odio*.

⁽⁶²⁾ Alguna referencia hay, pero enteramente ocasional y en términos de oportunidad, no de normatividad: R. ESCUDERO ALDAY (p. 61). Sin embargo, tratando de la impunidad de los crímenes de la dictadura, atiende el valor normativo directo del derecho internacional de derechos humanos: R. ESCUDERO ALDAY, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, p. 133. Dejo aparte la posibilidad de que el eclipse en *Modelos de democracia en España* pueda, si no deberse a escuela, recrudescerse hasta el punto visto por un determinado medioambiente académico: *Historia de los Derechos Fundamentales*, eds. Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, José Manuel Rodríguez Uribes, Rafael de Asís Roig y Francisco Javier Ansoátegui Roig, Madrid, Dykinson, 1998-2007. Gregorio Peces Barba fue *founding father* en 1978 y uno de los responsables directos del artículo 10.2 de la Constitución. En vano se buscará esclarecimiento de la reticencia ante el derecho internacional de los derechos humanos, por reducción de la categoría a objeto de filosofía y no de ordenamiento positivo o por desconfianza hacia instituciones como las internacionales difícilmente controlables por partidos políticos de Estado, en el propio G. PECES BARBA, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,

de relieve la extraña dificultad existente no sólo en España para integrar en el ordenamiento el derecho positivo de los derechos humanos globales ⁽⁶³⁾. Como concluyo es con la incógnita por la sencilla razón de que, sinceramente, no sé cómo explicarla sin extenderme desmedidamente, para un comentario sobre un libro en unas páginas de revista, respecto al complejo fenómeno del peso agobiante de una cultura jurídica que, por mucho que se esfuerce en superarlo, sigue identificando derecho con Estado y así reduciendo derechos humanos a derechos constitucionales de una forma que no suma garantía, sino que puede incluso restarla. La cultura de Estado y de ley no acaba de ceder a favor de una cultura de derechos y de garantías ni siquiera entre los sectores que se proponen y esfuerzan por dar el paso.

Acerca de que este libro, *Modelos de democracia*, merezca lectura y reflexión dentro y fuera de España, incluso con sus trabas, no creo que quepa duda razonable. Su consideración de la última República española como una modalidad de republicanismo sustantivo ya de por sí, solo por esto, trasciende al caso de una determinada Monarquía. Su

1988. Instalados en la ilusión, otros relatos de otros padres constituyentes tampoco resultan muy fidedignos.

⁽⁶³⁾ Véase en España una reciente demostración de parte que precisamente se plantea la integración de derecho supraestatal y no la concibe sino a escala regional, como pueda serlo la europea en la línea del control de convencionalidad interamericano referido, y que así estrictamente no es de derechos humanos aunque tal cosa se predique: LUÍS IGNACIO GORDILLO, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. Sobre dificultades del control de convencionalidad en el seno de la Unión Europea, JÖEL RIDEAU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité: les orphelins de la pyramide*, en « Revue du Droit Public et de Science Politique en France et à l'Étranger », 2009, 3, *L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile*, pp. 602-630, acentuándose el debate en Francia ante la entrada en vigor en 2010 de la reforma constitucional que introduce la excepción de inconstitucionalidad como acción de parte: « Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques », 137 (2011), *La question prioritaire de constitutionnalité*. Para constancia de la predicación fraudulenta de derechos europeos como derechos humanos en los mismos orígenes del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ISSA G. SHIVJI, *The Concept of Human Rights in Africa*, Londres, Council for the Development of Economic and Social Research in Africa, 1989, p. 64, n. 11. Para contraste más general, puedo finalmente remitir a B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, que es recopilación, con alguna actualización, de artículos publicados en estos « Quaderni Fiorentini » (2009, 2011 y 2012) y en *Storia e Diritto. Esperienze a confronto*, ed. Bernardo Sordi, Milán, Giuffrè, 2013, pp. 455-481: *¿Historia del Derecho sin fronteras? Los derechos humanos como historia*.

forma de abordar las dificultades de la democracia constitucional en la España actual puede interesar al derrotero de otros Estados europeos, republicanos o monárquicos que sean, y a la Unión Europea misma. No son buenos tiempos para el desenvolvimiento del constitucionalismo, dígase con o sin prefijo añadido, de lo cual *Modelos de democracia en España* ofrece constancia, análisis y diagnóstico.

MAURIZIO FIORAVANTI

LEGGE E COSTITUZIONE:
IL PROBLEMA STORICO DELLA GARANZIA DEI DIRITTI (*)

1. Premessa. Posizione del problema. — 2. Le origini rivoluzionarie: la Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789. La garanzia legislativa dei diritti. — 3. Dopo la Rivoluzione. Il modello positivistico. Lo Stato legislativo di diritto. — 4. Le trasformazioni costituzionali del Novecento. Lo Stato costituzionale. La garanzia costituzionale dei diritti.

1. *Premessa. Posizione del problema.*

Iniziamo enunciando subito la nostra tesi di fondo. Ciò che caratterizza sul piano storico le democrazie contemporanee, quelle nate — per ciò che riguarda l'Europa — verso la metà del secolo ventesimo, dal crollo dei precedenti regimi totalitari, è il tentativo di affidare la soluzione dello storico problema della garanzia dei diritti alla Costituzione, attraverso il meccanismo del controllo di costituzionalità. Tale meccanismo si è sviluppato nel concreto dell'esperienza di quelle democrazie valorizzando sempre più il ruolo delle Corti, non solo di quelle supreme, ma anche di quelle ordinarie, che hanno così visto mutare radicalmente — come meglio vedremo più avanti — il senso stesso del loro operare, del loro ruolo, dell'esercizio della loro funzione.

Noi riteniamo che questo tentativo, di costruire un efficace sistema di garanzia costituzionale dei diritti, rappresenti sul piano storico una svolta di notevolissima rilevanza. Non si è trattato cioè di un mero perfezionamento della precedente forma di Stato, ovvero di quello Stato legislativo di diritto che aveva dominato in Europa dalla Rivoluzione in poi, come se si fosse trattato, a metà del Novecento,

(*) A proposito della nuova letteratura giuridica sullo « Stato costituzionale ». Il testo riflette puntualmente i contenuti della lezione tenuta a Città del Messico (9 dicembre 2013) nell'ambito del IV Congresso Internazionale di Argomentazione Giuridica dedicato a « La giustiziabilità dei diritti umani », ed organizzato presso la Corte Suprema di Giustizia e l'Istituto della Magistratura Federale. I riferimenti bibliografici sono volutamente ridotti a poche e indispensabili note di richiamo.

semplicemente di sopraelevare di un piano l'edificio storico dello Stato di diritto, lasciandolo integro nella pianta e nella struttura di fondo, e solo aggiungendo un piano in alto, quello della legalità costituzionale. Non si è trattato cioè di un semplice arricchimento di mezzi di tutela, come tale riducibile al piano strumentale, delle modalità. A nostro avviso, è accaduto molto di più. L'introduzione della garanzia costituzionale dei diritti, ovvero di una garanzia che si realizza attraverso il precetto costituzionale, in diversi modi fatto valere direttamente nell'esercizio della giurisdizione, ordinaria e costituzionale, ha cioè finito per mutare i caratteri di fondo del nostro edificio, ponendo i presupposti per una nuova forma di Stato, diversa dal precedente Stato legislativo di diritto, che noi chiamiamo lo *Stato costituzionale*. È una nuova forma di Stato, che vi va definendo come tale nel nostro presente, poiché è il frutto di una trasformazione profonda, di una vera e propria *Verfassungswandlung*, che sotto i nostri occhi sta mutando il sistema delle fonti di diritto, e prima ancora il significato stesso dei due fondamentali atti della *legislazione* e della *giurisdizione*.

Noi mostreremo più da vicino, nella parte conclusiva della nostra relazione, come si è prodotta questa trasformazione, premettendo però che non sarà qui possibile darne una raffigurazione complessiva. In questa occasione, ci concentreremo infatti solo sul primo lato della trasformazione medesima, quello che attiene al rapporto che nella esperienza dello Stato costituzionale si stabilisce tra principi costituzionali da una parte, ed esercizio della funzione legislativa, e di quella giurisdizionale, dall'altra parte. Mentre rimarrà fatalmente in ombra il secondo lato — di cui pure ci siamo occupati in altre occasioni — ovvero il lato della sovranazionalità, lungo cui si sviluppa la tendenza dello Stato costituzionale a concorrere alla costruzione di ordinamenti costituzionali nello spazio collocato oltre lo Stato nazionale, per l'ap-punto nella dimensione che chiamo della sovranazionalità (2).

Prima però di tutto questo, bisogna ricostruire il precedente modello di garanzia dei diritti, dominante nell'epoca dello Stato legislativo di diritto. E con un ulteriore passo indietro, risalire all'origine rivoluzionaria di tutta questa problematica dei diritti e della loro garanzia. Dalla Rivoluzione allo Stato legislativo di diritto, e da questo allo Stato costituzionale. Questo il percorso che seguiremo. Servirà a mettere in luce quanto profonda ed estesa sia stata, e in parte ancora sia,

(2) Con riferimento specifico all'Italia, ma con una valenza riferibile all'intera dimensione europea, avevo proposto l'immagine dei due lati della trasformazione costituzionale in M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *La Costituzione ieri e oggi* (Atti dei Convegni Lincei, 247), Roma, Bardi Editore, 2009, p. 21 e ss.

in Europa la convinzione per cui la migliore garanzia dei diritti è comunque quella legislativa, rimanendo dunque la legge lo strumento ideale di garanzia dei diritti. La svolta della metà del Novecento, a favore dello Stato costituzionale, è tanto più apprezzabile, nella sua profondità e nella sua rilevanza, quanto più si abbia presente la forza di quella convinzione, rappresentabile sul piano storico come una vera e propria tradizione, che non per caso contrasterà tenacemente l'affermarsi pieno della nuova supremazia della Costituzione, e soprattutto la sua tendenza a realizzarsi direttamente in giudizio, come autentica norma giuridica, proprio a tutela dei diritti. Esploriamo allora lo svolgersi di quella tradizione, ripartendo dalle origini rivoluzionarie della garanzia dei diritti.

2. *Le origini rivoluzionarie: la Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789. La garanzia legislativa dei diritti.*

Il testo di riferimento in proposito è ovviamente la Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789. Il nostro problema, ovvero la garanzia dei diritti, è ben presente nella Dichiarazione. Recita infatti l'articolo 16: « Ogni società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione ». Il significato della norma è chiaro: una società, con il suo regime politico, può dirsi dotata di costituzione se è stata capace, proprio attraverso la costituzione medesima, di compiere quei due atti fondamentali, ovvero garantire i diritti e separare i poteri. In altre parole, la norma associa in modo stretto 'costituzione' e 'garanzia dei diritti', nel senso che la garanzia dei diritti è parte necessaria ed essenziale della costituzione, e per converso quella garanzia si realizza altrettanto necessariamente nella costituzione, per il tramite imprescindibile della costituzione. Non c'è costituzione senza garanzia dei diritti, e non c'è garanzia dei diritti senza costituzione. Sembra di essere ad un passo dall'approdo ad una garanzia costituzionale dei diritti. Diciamo subito che in realtà non fu così, nel concreto della esperienza costituzionale generata dalla Rivoluzione.

Torniamo al testo della Dichiarazione. Si deve intanto prendere atto di un dato letterale. La tanto celebrata costituzione, che i rivoluzionari avevano giurato di dare alla Francia, che prometteva di racchiudere in sé un mondo nuovo, opposto a quello di antico regime, compare una sola volta nella Dichiarazione, per l'appunto all'articolo 16 che abbiamo citato. Mentre nel medesimo testo, in posizione assolutamente centrale, campeggia — per ben otto volte — la figura della legge, in luoghi e con finalità del tutto decisivi, proprio per la garanzia dei diritti. Abbiamo così il monopolio legislativo del potere di disciplinamento dell'esercizio dei diritti, che garantisce i titolari di quei diritti, nel senso

che vieta di esercitare quel potere per il tramite di atti diversi dalla legge, e da parte di poteri diversi dal legislativo, come nel caso, in primo luogo, dell'esecutivo (art. 4); abbiamo poi il monopolio legislativo dei poteri di coazione, delle azioni del 'vietare', del 'proibire', del 'costringere' e dell'ordinare', che garantisce di nuovo i titolari dei diritti, nel senso che vieta una qualche coazione su di loro che non si esprima attraverso la legge, in cui si racchiude perciò il carattere fondamentale di una società che ha soppresso le dominazioni di carattere personale, da persona a persona, lasciando in vita come unica dominazione ammissibile quella, per sua natura del tutto impersonale, della legge (art. 5); abbiamo infine la legge come espressione della 'volontà generale', che garantisce ancora una volta i titolari dei diritti, questa volta nel senso che la legge che può limitare l'esercizio di quei diritti, o che può esercitare legittima coazione su quei titolari, non è rappresentabile come volontà eteronoma, è invece qualcosa che si costruisce a partire dalle volontà dei medesimi titolari, sulla base del principio democratico, nelle forme che gli stessi rivoluzionari francesi promettevano di costruire, nella linea della democrazia diretta, d'ispirazione rousseviana, o della democrazia rappresentativa, attraverso la valorizzazione della rappresentanza politica, corredata dal divieto di mandato imperativo (art. 6).

Dunque, una legge agli occhi dei rivoluzionari dotata di molteplici virtù. Ad essa possiamo senz'altro affidare il delicatissimo potere di limitare l'esercizio dei nostri diritti (art. 4) per due basilari motivi: perché è generale ed astratta, non punisce né premia in concreto, ma dispone in astratto, realizzando l'unica dominazione ormai ammissibile, di natura perfettamente impersonale (art. 5); e perché è frutto ultimo di un processo costruito a partire dalle nostre stesse volontà, in una linea che nel suo punto più alto consente di dire che la sua volontà, della legge, in quanto 'volontà generale' è la nostra stessa volontà (art. 6). Da qui, da questi caratteri della legge, l'assoluta centralità che essa occupa nel campo delicatissimo della garanzia dei diritti. A completare questa nostra analisi, per quanto sommaria, della Dichiarazione, valga anche un breve richiamo alla problematica penalistica. È infatti in primo luogo la necessità di una particolare previsione legislativa, secondo il criterio della determinatezza, a garantire contro l'arbitraria compressione della libertà personale, con le connesse conseguenze del divieto di analogia nella interpretazione della legge penale, e del divieto di retroattività della medesima legge (articoli 7 e 8).

Torniamo al nostro filo conduttore, alla problematica storica della garanzia dei diritti. Rimane da porre un'ultima domanda. Presero in considerazione i rivoluzionari l'ipotesi che la legge, per quanto corredata da molteplici virtù, potesse comunque violare i diritti affermati

nella Dichiarazione? L'analisi del testo, e i dibattiti successivi, dimostrano che pensarono a quella ipotesi. Un conto infatti è credere nella virtù della legge, altro conto è credere nella sua infallibilità. Così, il già citato articolo quarto mostra di aver presente la possibilità di un abuso del formidabile potere di disciplina dell'esercizio dei diritti conferito alla legge, nel momento in cui si rivolge direttamente al legislatore per proibirgli di limitare quell'esercizio per un qualsiasi motivo, diverso dall'unico consentito, che è rendere possibile l'esercizio di quel medesimo diritto da parte di tutti i consociati, in tutte le ipotesi in cui uno di essi tenda ad abusare, ad invadere il campo altrui. Così, una limitazione per legge dell'esercizio di un diritto per motivi diversi dall'unico consentito, che è garantire quell'esercizio a tutti i consociati, pone oggettivamente il problema di una legge che comprime illegittimamente i diritti, contro il principio costituzionale contenuto nell'articolo quarto. Una legge presuntivamente incostituzionale.

Cose analoghe si devono dire dell'articolo ottavo, ovvero del divieto della legge penale retroattiva. Lo si sancisce perché evidentemente si pensa che una tale legge possa esistere, e che si debba contrapporre un principio costituzionale che la qualifichi illegittima, a garanzia dei diritti degli individui. Leggiamo del resto nel Titolo I della Costituzione del 1791: « Il potere legislativo non potrà fare leggi che ledano ed ostacolino l'esercizio dei diritti naturali e civili esposti nel presente Titolo e garantiti dalla Costituzione ». Insomma, anche i rivoluzionari pensavano che una legge potesse porsi contro la Costituzione. Essi confinavano però questa eventualità nella dimensione di una patologia della legge, in buona misura di carattere eccezionale. Tenuto conto di tale intrinseca limitatezza della sfera della patologia, per raggiungere un buon livello di garanzia dei diritti non era dunque necessario istituire un apposito meccanismo, ovvero un controllo di costituzionalità. Nella normalità dei casi, e in via ordinaria, i diritti erano al sicuro per il fatto stesso di essere previsti e disciplinati dalla legge, ovvero da quella particolare fonte di diritto che si riteneva essere dotata di quelle virtù che già abbiamo indicato.

Anzi, in questa logica — paradossalmente, dal punto di vista dell'odierno Stato costituzionale — insistere sul controllo di costituzionalità significa indebolire la legge, e dunque anche la garanzia che essa offre. La forza di quella garanzia presuppone infatti la forza della legge stessa, e del suo autore, ovvero del legislatore: ma che dire di un'altra autorità, in ipotesi quella giurisdizionale, dotata con il controllo di costituzionalità del potere di cassare la legge? Non si creerebbe forse in questo caso un'intollerabile contesa per la sovranità, per il diritto all'ultima parola? Che ne sarebbe dei diritti, che si troverebbero in tale situazione privati di un'incontestata autorità garante? Chi li garantireà

domani in modo sicuro, il potere che li ha previsti nella legge, o il potere che ha cassato quella legge in nome della costituzione?

C'è poi, in tutta questa vicenda la ben nota diffidenza della Rivoluzione verso i giudici, e in particolare verso la possibile ampiezza dell'operazione che si compie applicando il diritto, e la stessa legge, ovvero verso l'interpretazione. Nella dottrina costituzionale della Rivoluzione vi sono infatti solo due figure: il legislatore che delibera la norma, e il funzionario che la applica. Nel mezzo, terra bruciata. Non c'è spazio dunque in quella dottrina per l'interpretazione, e il giudice è perciò solo uno dei funzionari che applica la legge. L'applicazione della legge deve essere pronta, sicura e soprattutto uniforme, in modo da garantire il valore principale della Rivoluzione, che è quello dell'uguaglianza, nel senso dell'uguale trattamento di tutti da parte della legge. E il giudice deve garantire tale valore, riducendo al minimo il raggio della interpretazione. Tanto meno quel giudice potrà proporsi come strumento del controllo di costituzionalità, entro cui risulta essere ineliminabile proprio il momento della interpretazione, della norma costituzionale e della legge stessa alla luce della Costituzione, ed a partire dai casi concreti che si presentano.

Per concludere, fin troppi erano gli ostacoli sulla via del controllo di costituzionalità. Una visione alta, e estremamente positiva, della legge, un timore diffuso verso la possibilità di un indebolimento della autorità del legislatore, ed infine la mancanza di uno spazio utile per il prodursi efficace di un'attività d'interpretazione della legge da parte dei giudici. Ma il punto forte rimane il primo: le virtù della legge. Del controllo di costituzionalità non c'è bisogno perché l'obiettivo della garanzia dei diritti è già stato raggiunto, con la legge, con quella fonte di diritto che la Rivoluzione intende far trionfare. Si dovrebbe qui risalire — ma lo facciamo solo di sfuggita — ai principi primi, ovvero alla 'natura' dei diritti di cui stiamo parlando. È vero che la Dichiarazione li considera esplicitamente «diritti naturali», e del resto è chiarissima l'ispirazione giusnaturalistica, e lockeana in particolare, dei primi due articoli della Dichiarazione medesima; ma è anche vero che quei diritti esistevano pienamente, per gli stessi rivoluzionari, nel momento in cui erano previsti e tutelati dalla legge. Insomma, per dirla in forma breve, c'era Locke nella Dichiarazione, ma c'era anche Hobbes, ovvero l'idea che i diritti esistevano nel momento in cui un'autorità civile era istituita, ed era sovranamente capace di garantire quei diritti. I diritti venivano dunque proclamati come un *prius*, anteriore all'autorità politica, ma poi erano considerati come pienamente esistenti solo quando erano previsti e garantiti dalla forza e dalla autorità della legge. Su questa base, ed elidendo definitivamente l'originaria matrice giusnaturalistica, verrà costruito nel diciannovesimo secolo il modello positi-

vistico, che rimarrà dominante in Europa in tutta l'epoca dello Stato legislativo di diritto, fino alla metà del Novecento, quando inizierà la nuova esperienza dello Stato costituzionale, che è poi quella del nostro tempo.

3. *Dopo la Rivoluzione. Il modello positivistico. Lo Stato legislativo di diritto.*

Per tentare una ricostruzione del 'modello positivistico', e della sua traduzione in termini istituzionali, ovvero dello 'Stato legislativo di diritto', è necessaria una premessa, che serve a chiarire l'ambito nel quale si muove il nostro discorso. Si tratta di un ambito, o di un livello, che può essere individuato attraverso un termine-concetto ben noto tra i giuristi, che è quello di 'forma di Stato'. La forma di Stato — così come noi la intendiamo — precede il regime politico. Ogni regime politico si qualifica in primo luogo alla luce della forma di Stato cui esso appartiene, che esso presuppone. Così, in Europa tra Otto e Novecento abbiamo diversi regimi politici, e più precisamente una Repubblica, la Terza, in Francia, il secondo *Reich* in Germania, una monarchia, ma entro un regime parlamentare, in Inghilterra — per rimanere ai casi principali — ma un'unica forma di Stato, un unico modello dominante, che è quello positivistico, applicato allo Stato legislativo di diritto.

Infatti, ciò che hanno in comune questi diversi regimi politici, siano essi monarchie o repubbliche, siano essi più o meno intensamente parlamentarizzati, è proprio la centralità della legge come massima espressione del diritto dello Stato sovrano, in genere come fonte di diritto, e in particolare come strumento di garanzia dei diritti. Sarà una legge formulata e costruita diversamente in ragione dei diversi regimi politici, sarà una legge espressione della sovranità della nazione, nel caso della Repubblica francese, o una legge espressione di uno Stato sovrano di cui componente essenziale è ancora il principio monarchico, nel caso della Germania, o sarà infine una legge espressione della tradizione del *King in Parliament*, come fondamento della sovranità del parlamento, nel caso dell'Inghilterra, ma comunque sia si tratterà sempre di riaffermare la centralità della legge dello Stato, come espressione di sovranità, e nello stesso tempo di garanzia; mentre, nello stesso tempo, all'interno della medesima dinamica, la costituzione tenderà a retrocedere sullo sfondo.

Una volta esaurito, e consumato, il lato contrattualistico e giunaturalistico della Rivoluzione, affidati ormai *in toto* i diritti alla legge, alla costituzione non rimarrà infatti altro che il *frame of government*, la delimitazione della forma di governo, intesa come ricerca di equilibrio tra i poteri dello Stato. La costituzione tenderà cioè a divenire integral-

mente *loi politique*, mentre il diritto assumerà la forma necessaria della legge, perché solo in quella forma il diritto potrà esprimere la sua forza, e costituire così effettiva disciplina dei rapporti tra i consociati, e nello stesso tempo effettiva garanzia dei diritti. E per converso alla costituzione si negherà sempre più il carattere di autentica norma giuridica. Un commentatore dello Statuto albertino, la carta costituzionale vigente in Italia prima della Costituzione repubblicana del 1948, scriverà: « il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presunzioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subbiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli »⁽³⁾. Ciò che equivaleva a dire: non cercate i diritti nella costituzione, li potranno esservi solo 'presunzioni', che poi sarebbero 'principi', o 'direttive', rivolte al legislatore, perché questi dia finalmente a quei diritti un sicuro fondamento nella legge, un'autentica 'esistenza giuridica'. Si dovrà allora cercare i diritti, non nella costituzione, ma proprio nella legge, nei codici soprattutto, o nelle leggi che regolano la pubblica amministrazione, perché solo lì è racchiusa la forza dispositiva, l'unica su cui si può fondare in modo sicuro l'attribuzione e la tutela dei diritti. Questo è ciò che caratterizza nel profondo questa epoca dello Stato legislativo di diritto, al di là delle diversità di regime politico: una costituzione cui è negata la qualità di norma giuridica, i cui precetti possono acquisire quella qualità solo grazie all'interposizione della legge, detentrica monopolista della forza normativa, della effettiva capacità di disciplinare i rapporti tra i consociati, e dunque anche di fondare e tutelare i diritti.

Così, il più acuto tra i giuspubblicisti della Terza Repubblica, Carrè de Malberg, affermerà in modo lapidario: « il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione »⁽⁴⁾. Una frase secca, che nella sua semplicità racchiude il carattere storico di fondo dello Stato legislativo di diritto. Che in una parola consiste in questo: nel negare alla costituzione la natura, e la qualità, di norma giuridica, negando così che essa possa direttamente disciplinare i rapporti tra i consociati, rendendosi in tal modo applicabile da parte del giudice, anche attraverso, se del caso, il controllo di costituzionalità, con la conseguente disapplicazione, o annullamento, della legge ordinaria contrastante. In sintesi, nell'epoca dello Stato legislativo di diritto il giudice non ha a che fare con la costituzione, perché in quell'epoca la

⁽³⁾ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino, 1909, II, p. 34.

⁽⁴⁾ R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale* (1931), a cura di M. Calamo Specchia, Milano, 2008, p. 183 e ss.

costituzione non è considerata norma giuridica, principalmente perché si ritiene che il suo destinatario non sia l'individuo, il cittadino, singolo o associato, com'è nel caso invece della legge, civile e penale, ma il legislatore e gli altri poteri pubblici, cui la costituzione rivolge direttive, o divieti, come nel caso della legge penale retroattiva, o della riserva di legge, o comunque prescrizioni tese a disegnare un'equilibrata forma di governo. Si potrebbe anche dire, in conclusione: in quella epoca oggetto della disciplina legislativa è la società, nelle sue diverse articolazioni, mentre oggetto della disciplina costituzionale è lo Stato, nella sua unitarietà e come complesso di poteri pubblici.

La costituzione è dunque in questo senso *loi politique*. Non sta più dalla parte della società. Per conoscere su quali principi fondamentali si basi la società europea tra Otto e Novecento bisogna dunque leggere i Codici, soprattutto quello civile, e non le Costituzioni. La costituzione sta ora dalla parte dello Stato, presuppone lo Stato, si esaurisce in sostanza nella regolazione dei poteri dello Stato, della loro attività, nell'individuazione infine dei limiti all'esplicarsi di tali attività. È qui altamente rappresentativa del proprio tempo storico, e certo non solo per la Germania, la definizione di costituzione contenuta nella *Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek. Così recita: « La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la loro sfera di azione, e infine la posizione fondamentale del singolo di fronte al potere dello Stato »⁽⁵⁾.

Così, la costituzione non ci dice più su quali principi fondamentali si regge una certa convivenza civile, o quali siano i termini del patto sociale che si colloca alla base di quella convivenza. Insieme ad ogni dottrina dei diritti naturali è ormai recisa del tutto anche la matrice contrattualistica, ben presente ancora al tempo della Rivoluzione. Non c'è bisogno dunque di alcuna costituzione per esprimere il fondamento della convivenza, per la semplice ragione che quest'ultima è data come esistente, è presupposta nella forma storica della nazione rappresentata nello Stato. La costituzione presuppone lo Stato, e dunque non esisterebbe se non vi fosse lo Stato. Essa nasce per organizzare lo Stato, per disegnare la forma di governo, e dunque i rapporti tra i poteri, ma soprattutto per significare dove risiede il principio di sovranità, come esso si esplica, e infine quali limiti abbia, anche in funzione della individuazione dello spazio dedicato all'esercizio dei diritti. Com'è noto, quei diritti, in tal modo collocati, vengono di necessità fondati

⁽⁵⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914, terza ed., III, p. 506.

dallo stesso Jellinek sul concetto di limite all'esplicarsi della potestà sovrana, che in quanto applicato ad una potestà di quel genere non può non essere un auto-limite. Non vogliamo ora riprendere la celebre dottrina jellinekeana della autolimitazione nei suoi termini generali. Vogliamo piuttosto concludere questa parte della nostra relazione con due considerazioni, semplicemente traendo spunto dalla definizione dello stesso Jellinek.

La prima è relativa, ancora una volta, alla scomparsa della società dal campo della costituzione. Si ricorderà che il soggetto della proposizione contenuta nell'articolo 16 della Dichiarazione dell'89 era per l'appunto la « società ». Ora, non c'è più alcuna 'società' nella costituzione. Quest'ultima esiste per regolare lo Stato, e non per esprimere la società. Nella tessitura della costituzione il *prius* è lo Stato, e non la società. Questa ricompare solo alla fine, e non più in forma collettiva, ma attraverso i singoli individui, ciascuno per proprio conto titolare dei diritti risultanti dal processo di autolimitazione. Sottolineiamo questo aspetto perché sarà questo, della ricomparsa della società, uno dei fili conduttori delle trasformazioni costituzionali che interesseranno il Novecento.

Ma c'è anche una seconda considerazione da formulare. Com'è stato osservato più volte, tutti i diritti pubblici soggettivi che venivano attribuiti all'individuo secondo la costruzione di Jellinek si riducevano in realtà ad uno solo: quello di essere trattati in modo conforme alle leggi vigenti. In altre parole, la garanzia si esplicava su un piano esclusivamente formale, prescindendo del tutto dai contenuti, nel senso che le leggi potevano ampliare o restringere le sfere di libertà degli individui senza limiti di contenuto. Così, l'autolimitazione da parte dello Stato, proprio perché espressione di un potere sovrano, poteva essere ritrattata, magari riducendo la sua portata, e dunque l'ampiezza dell'esercizio di determinati diritti. Che cosa mancava in una costruzione di questo genere? Mancava il concetto stesso d'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, che tali devono essere, ovvero inviolabili, nei confronti di ogni potere, compreso quello legislativo. Sarà questo un altro dei fili conduttori delle trasformazioni costituzionali del Novecento, di cui tra poco ci occuperemo.

Prima o'ultima osservazione. La dottrina dell'inviolabilità dei diritti fondamentali stentava ad affermarsi per un motivo molto semplice: quel tempo storico, dello Stato legislativo di diritto, non conosceva la base indispensabile per costruire il concetto stesso d'inviolabilità, che è storicamente data da un altro concetto, quello di rigidità costituzionale. Infatti, tutte le Costituzioni di questa epoca sono modificabili con una certa relativa facilità. E il motivo è evidente. In quelle Costituzioni non sono enunciati i principi fondamentali caratterizzanti

una certa società, un certo tipo di convivenza civile. Essendo principalmente 'leggi politiche', prevarrà per quelle Costituzioni l'esigenza dell'elasticità, del loro adeguamento ai tempi che mutano essenzialmente attraverso procedure parlamentari, magari un po' rafforzate, ma tali comunque da svolgersi pur sempre nel parlamento, perché lì, e non altrove, nel luogo in cui si deliberava la legge, stava comunque il centro dell'esperienza costituzionale.

Ciò vale per il parlamento repubblicano francese come per il *King in Parliament* inglese, ancora una volta dunque al di là delle differenze di regime politico. Afferma infatti Dicey, con riferimento all'Inghilterra dell'inizio del Novecento: « in primo luogo non si ha alcuna legge che non possa essere modificata dal parlamento, ovvero nel nostro sistema costituzionale le leggi fondamentali o cosiddette costituzionali vengono modificate dallo stesso organo e nello stesso modo delle altre leggi, e precisamente dal parlamento nella sua configurazione di legislatore ordinario »; e perfettamente in linea con tale affermazione si può inoltre esprimere la seguente convinzione: che non esistano « autorità giurisdizionali o di altra natura che abbiano il potere di porre nel nulla una legge del parlamento o di considerarla nulla o incostituzionale » (6). Non si vuol dire con ciò che il parlamento inglese possa liberamente mettere nel nulla, o ignorare, il patrimonio di *common law*, ed in particolare i diritti in esso radicati. Si vuol dire però che quel patrimonio è storicamente custodito sì dai giudici, ma in sintonia con il parlamento, che ha il compito di rappresentarlo ed adeguarlo ai tempi nuovi, escludendo quindi che esso possa assumere le vesti della 'super-legge', voluta da un 'super-soggetto', in funzione quindi costituente, per sua natura sovrastante il parlamento. Insomma, in quel tempo storico, neppure nel paese dell'*higher law* si poteva tollerare l'idea della 'legge superiore', in particolare ogni volta che in quella idea fosse contenuto il pericolo della lesione al principio di sovranità impersonato dal parlamento, dalla maestosa figura del legislatore.

Una considerazione conclusiva. L'epoca qui considerata, compresa tra la Rivoluzione e i primi decenni del Novecento, è l'epoca dei Codici e delle Carte costituzionali, ed è rappresentabile sul piano storico come un tempo di progresso moderato, lontano dagli 'eccessi' rivoluzionari, ma anche consapevole della prospettiva, del cammino da percorrere, che era quello proteso alla costruzione della società liberale e borghese. Non si può dunque dire che si tratti di un tempo che dimentica, o mette in un angolo, i diritti, e la questione della loro

(6) A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915, ottava edizione, tr. it., Bologna, 2003, p. 76 e ss. e p. 106.

garanzia. È però vero che quei diritti cessano, proprio in questo tempo storico, di essere il *prius* della costruzione giuspubblicistica, cui uniformare il diritto positivamente statuito per via ordinaria. Ora il *prius* è dato proprio da quella norma positiva statale, dalla legge, perché in essa si presume esistente, e rappresentato, il principio di unità politica, e con esso il principio di sovranità, della nazione, dello Stato, o del parlamento, a seconda dei diversi regimi politici. I diritti vengono dopo. O meglio, vengono ad ‘esistenza giuridica’, come recitava uno dei testi che abbiamo citato, solo quando, e nel momento in cui una legge li prevede, li disciplina e li garantisce. Prima vi sono solo delle promesse, o delle proclamazioni, che interessano la storia politica, ma non quella giuridica, interessano anche il legislatore, che comunque deve confrontarsi con tutto ciò che il proprio tempo manifesta, ma non il giudice, che deve solo individuare, leggere e applicare la legge, la norma positivamente vigente.

4. *Le trasformazioni costituzionali del Novecento. Lo Stato costituzionale. La garanzia costituzionale dei diritti.*

Il Novecento è tempo di grandi trasformazioni costituzionali, che incidono pesantemente sulla configurazione dello Stato di diritto, producendo il superamento definitivo della forma che esso aveva assunto dopo la Rivoluzione, e che era rimasta dominante fino ai primi decenni del secolo ventesimo. Ciò che viene in gioco è proprio il ruolo della legge come strumento principe di garanzia dei diritti. Decisiva in proposito è l’esperienza dei regimi totalitari, e soprattutto delle guerre e delle politiche di sterminio, che rendono sempre meno possibile la riproposizione nella seconda metà del secolo della immagine della legge come migliore possibile strumento di garanzia dei diritti.

Da questo punto di vista, l’esperienza costituzionale del Novecento ha prodotto un primo effetto: ha consumato in modo probabilmente irreversibile l’immagine della legge necessariamente giusta, dotata per sua natura delle qualità della generalità e della astrattezza, espressione della volontà generale, atto di ragione più che di volontà. Le Costituzioni democratiche ricorrono sì alla riserva di legge in funzione di garanzia dei diritti, rafforzandola anzi, ma appare evidente comunque che il tempo storico è mutato, e che per offrire un’adeguata tutela dei diritti è necessario ora trascendere la dimensione legislativa, scoprendo un parametro ulteriore e superiore, che non può essere altro che quello dato dalla costituzione. La costituzione è così destinata ad estendere il suo raggio d’azione. Da semplice *loi politique*, da mero disegno della forma di governo, da atto che si limita a prevedere il sistema delle fonti di diritto, rinviando in sostanza la funzione di

garanzia alla legge, la costituzione pretende ora di acquisire la qualità di autentica norma giuridica, dotata di forza normativa propria, ovvero di quella forza che risulta essere indispensabile proprio per svolgere la funzione di garanzia dei diritti, attraverso il controllo di costituzionalità.

Questo è dunque il senso fondamentale del percorso di trasformazione che la costituzione compie nel passaggio storico dall'epoca dello Stato legislativo di diritto allo Stato costituzionale. È così rappresentabile: da *loi politique* a norma giuridica, dotata di forza propria, che torna ad avere a proprio oggetto la società intera, e come finalità la disciplina dell'insieme delle relazioni tra i consociati, e dell'esercizio dei poteri, pubblici e privati, che in quella società operano. Una volta conquistata una visuale così ampia, la costituzione tende quasi fatalmente a trascendere la mera funzione di garanzia delle singole posizioni giuridiche degli individui, ricalcata sulle più risalenti e tradizionali libertà civili, a partire dalla prima, dalla libertà personale; ed accanto alla garanzia si pone così come ulteriore finalità quella dell'indirizzo, attraverso alcune grandi norme fondamentali di principio — soprattutto nell'ambito del principio di uguaglianza — che pretendono di disegnare il futuro della società democratica, come se la costituzione contenesse la definizione della 'società giusta', ovvero della società da costruire attraverso il processo di attuazione della costituzione medesima, cui tutti i soggetti, ed i poteri, pubblici e privati, sono chiamati a concorrere, proprio in quanto legati dal vincolo costituzionale, da un patto che non è di semplice garanzia, ma anche d'indirizzo, che impegna cioè a cooperare per il conseguimento delle finalità indicate in costituzione. Non una semplice maggiore protezione dei diritti intendono dunque realizzare le costituzioni contemporanee, ma anche qualcosa'altro di più intensamente politico, che riguarda il futuro, e che ben si racchiude nella locuzione latina: *idem sentire de re publica*.

Tuttavia, questo *idem* non può spingersi fino a negare un altro carattere fondamentale dello Stato costituzionale contemporaneo, che è quello pluralistico. Il versante pluralistico dello Stato costituzionale impedisce che la costituzione possa essere concepita come una *Wertordnung* integrale, ovvero come il riflesso normativo di un presunto 'ordine oggettivo', cui conformare di necessità l'esercizio di ogni diritto, di ogni potere. E nella essenza del principio democratico, particolarmente nel tempo dello Stato costituzionale, nel nostro tempo, quella che potremmo chiamare l'indeterminatezza del futuro, ovvero la percezione che il futuro è da costruire, dipende dalle nostre capacità, dalle alleanze e dai conflitti che saremo capaci d'instaurare, di risolvere.

Per usare un linguaggio più vicino al diritto costituzionale, si può affermare che i grandi principi fondamentali proclamati in costituzione, per lo meno in una certa misura, anche nel tempo dello Stato costitu-

zionale si realizzeranno in un modo piuttosto che in un altro, con ampiezza maggiore o minore, a seconda dell'indirizzo politico che sarà chiamato a governare, in conseguenza di una libera competizione per la determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza, che è indubbiamente anch'essa espressione di democrazia.

Da quest'altro punto di vista, la costituzione sembra però scivolare rapidamente verso l'estremo opposto, e retrocedere così alla dimensione della mera *Rahmenordnung*, ovvero della cornice che delimita il campo, come semplice garante delle procedure che regolano la competizione, e non più come indicatore prescrittivo del suo esito, e dunque delle finalità fondamentali del vivere collettivo democratico. In questa linea, sulla definizione in concreto di quelle finalità torna a esercitare il suo rilevante peso la libera decisione politica. Soprattutto per significare che neppure lo Stato costituzionale, per quanto possa essere alla ricerca di 'oggettività', può o deve arrivare alla riduzione a zero della discrezionalità politica, e con essa all'annullamento della discrezionalità esercitabile da parte del potere legislativo, irriducibile quindi in democrazia, anche nel nuovo tempo storico, al ruolo di mero potere derivato, predeterminato in tutto dal precetto costituzionale.

Proprio qui soccorre però una considerazione di carattere generale, che riteniamo decisiva per la comprensione dell'identità complessiva dello Stato costituzionale. Se è vero che la costituzione contemporanea non può essere integralmente *objektive Wertordnung*, non può cioè nullificare la dimensione della discrezionalità politica e legislativa, che può e deve rimanere ben viva anche nell'epoca dello Stato costituzionale è anche vero l'opposto, ovvero che la medesima costituzione contemporanea non può essere esclusivamente *Rahmenordnung*, mera norma di procedura, perché in questo modo si contraddirebbe il senso stesso della trasformazione che storicamente si è prodotta alla metà del Novecento, con l'avvento dello Stato costituzionale, che è contrassegnata in modo irreversibile dalla esigenza di legare i diritti, e la loro garanzia, ad una dimensione più profonda di quella politico-legislativa, sottratta alla logica del semplice principio di maggioranza.

Alla fine, se alcuni diritti sono ritenuti nelle Costituzioni democratiche del Novecento 'fondamentali' è proprio perché quei diritti, piuttosto che altri, sono dalla costituzione sottratti alla sfera della libera decisione politica. E lo sono perché non rappresentano solo posizioni giuridiche soggettive di particolare rilievo, ma anche 'principi', o 'valori', che la costituzione ritiene appartenenti al suo nucleo fondamentale, e dunque essenziali per la sua stessa esistenza. È in questo senso profondo che l'epoca dello Stato costituzionale ha posto con forza il problema di una garanzia dei diritti non semplicemente legislativa, che non riduca più quei diritti a un solo diritto fondamentale, quello di

essere trattati in modo conforme alle leggi vigenti, com'era ancora nella grande e maestosa ricostruzione di Jellinek. Approdare storicamente ai diritti fondamentali significa proprio questo: svincolare i diritti dalla legge intesa come loro necessaria garanzia di 'giuridica esistenza', impedendo quindi che quella legge li affermi o li neghi liberamente, e fondare i diritti medesimi su una base più solida, che non risulti da una volontà revocabile — com'era nel teorema di Jellinek della autolimitazione — e che viene ora ricercata nella costituzione, intesa come patto fondamentale che comprende, nel suo nucleo essenziale, proprio i diritti fondamentali, in questo senso inviolabili, perché elemento costitutivo di quel nucleo fondamentale che rappresenta la parte della costituzione sottratta al procedimento di revisione.

Dunque, la costituzione democratica del Novecento, che noi consideriamo essere un 'tipo storico' di costituzione, dominante nella epoca dello Stato costituzionale, non può essere, né *Wertordnung* integrale, né mera *Rahmenordnung*. Per questo motivo, lo Stato costituzionale è per sua natura alla ricerca di soluzioni 'medie', che evitino i due estremi, ovvero da una parte la riduzione a zero della discrezionalità politica del legislatore, e dall'altra la riduzione della costituzione a mera norma di procedura, tale da rendere legittima nei contenuti ogni soluzione legislativa. In altre parole, lo Stato costituzionale, da una parte vuole mantenere viva la sfera della discrezionalità politica, ma non fino al punto di consentire al legislatore di trattare liberamente la materia dei diritti fondamentali, e dall'altra parte vuole affermare ed attuare i principi costituzionali, garantendo i diritti fondamentali, ma non fino al punto di costruire una soluzione unica, presunta come 'oggettiva', tale quindi da porsi come obbligatoria, e dunque in contrasto con la vocazione pluralistica dello stesso Stato costituzionale.

Lo Stato costituzionale vive dunque entro questa tensione, che si traduce poi sul piano istituzionale in tensione tra il legislatore, che rivendica uno spazio sufficientemente ampio nella traduzione del principio costituzionale in indirizzo per il governo della società, e la giurisdizione, che tende invece a spostare il medesimo principio costituzionale sul piano oggettivo, traducendolo in norma che possa funzionare da parametro di costituzionalità. A ben vedere, si tratta di due modi, distinti e concorrenti, di concretizzazione del principio costituzionale, l'uno di tipo attuativo, nel momento in cui il principio tende a realizzarsi in una certa direzione in quanto criterio ispiratore della scelta per un certo indirizzo, l'altro di tipo più prettamente applicativo, quando si fa valere in sede giurisdizionale una certa interpretazione del principio medesimo, derivandone una norma da applicare, direttamente o comunque attraverso il controllo di costituzionalità.

L'ordinamento dello Stato costituzionale è certamente assai complesso, come ben si vede. Ben più semplice era l'ordinamento dello Stato legislativo di diritto, dove si aveva un solo protagonista: il legislatore, cui era affidata in via esclusiva sia la garanzia della costituzione, sia la garanzia dei diritti. Il giudice — come abbiamo visto — in quel tempo storico stava due passi indietro, non considerava la costituzione norma giuridica da applicare, non era in qualche modo chiamato dall'ordinamento a sindacare la legge a fini di garanzia. Ora, nello Stato costituzionale la giurisdizione svolge al contrario una funzione di garanzia essenziale, dei diritti e della stessa costituzione, concorrendo in modo decisivo all'opera d'interpretazione e concretizzazione dei principi costituzionali.

Il legislatore però, per suo conto — come pure abbiamo visto — non è ridotto dallo Stato costituzionale alla dimensione di mero potere derivato, e pretende quindi anch'esso di leggere e dotare di significato i principi costituzionali. Per questo motivo, è del tutto fisiologico che nello Stato costituzionale sia sempre attivo uno stato di tensione tra legislazione e giurisdizione, alla ricerca di un confine, per altro per sua natura sempre mobile, al di là del quale si avrebbe, da una parte invasione della giurisdizione nella sfera legittima della discrezionalità politica, e dall'altra parte, per converso, un uso distorto di quella discrezionalità, tale da costituire palese violazione del precetto costituzionale. Nel mezzo, tra i due estremi, si svolge il lavoro ordinario di concretizzazione dei principi costituzionali, che in un quadro di questo genere non può svolgersi altro che in un rapporto di dialogo tra legislazione e giurisdizione.

L'una e l'altra sono infatti parimenti essenziali come modi di concretizzazione, distinti e concorrenti, delle norme costituzionali di principio. Può darsi che nella pratica si verifichino anche situazioni di conflitto tra le due funzioni, con la connessa tendenza dell'una a rivendicare un primato sull'altra, a voler imporre in una determinata questione la cosiddetta 'ultima parola'. Ma nella normalità e nel concreto della sua esperienza istituzionale, lo Stato costituzionale è destinato, proprio per la sua natura storica, a rifiutare la logica del 'primato' e della *suprema potestas*: esso nasce per superare quella logica che nel tempo storico precedente si era incarnata nel legislatore, e si guarda bene perciò dal riprodurre un'altra simile, magari nella direzione opposta, del predominio della giurisdizione. Con l'avvento dello Stato costituzionale diviene improponibile il dominio del legislatore. Ma ciò non accade per instaurare un nuovo dominio, per sostituire quello del legislatore con un altro dominio, per esempio con quello dei giudici. Lo Stato costituzionale non è la via che conduce al cosiddetto 'governo dei giudici'. Lo Stato costituzionale segna piuttosto l'avvento di un tempo

in cui non è più possibile alcun predominio, in cui non è più possibile alcuna *suprema potestas*, in cui ciascun potere vale esclusivamente nelle forme e nei limiti dettati dalla Costituzione, in cui infine il significato di ciascun principio costituzionale non è più dato da un potere per eccellenza, com'era al tempo dello Stato legislativo di diritto, ma dalla interazione tra più poteri, e in particolare dal concorso della legislazione e della giurisdizione.

Così, nella pratica del controllo di costituzionalità può accadere che una legge sottoposta al controllo venga mantenuta in vita a condizione che i giudici ne diano un'interpretazione conforme a costituzione. In questo caso il controllo si risolve in una correzione che in sostanza è funzionale all'esplicazione della volontà legislativa, semplicemente garantendosi contro l'ipotesi che di essa possa essere data un'interpretazione che le attribuisca un significato tale da porla in posizione di violazione netta di un principio costituzionale. Più in generale, il controllo di costituzionalità tende oggi a risolversi in grande misura in sindacato sulla ragionevolezza della legge, che non implica — per lo meno in astratto — invasione dello spazio del merito ove si trova il contenuto politico della legge, bensì ricostruzione dei percorsi che si sono seguiti per esprimere quel contenuto, per verificare se tra i vari beni coinvolti nella decisione legislativa, e costituzionalmente protetti, si sia realizzato un bilanciamento adeguato, attraverso scelte, ed eventuali differenziazioni di trattamento, che risultino essere eque e proporzionate.

In altre parole, la razionalità che s'impone alla legge attraverso il controllo di costituzionalità non è per sua natura, e necessariamente, di tipo etico, o valoriale, come se la giurisdizione potesse pretendere di porsi in questo senso, come custode di quei valori, al di sopra della legislazione. È piuttosto in linea generale una razionalità di tipo discorsivo, che attiene alla correttezza dei processi logici che si sono seguiti nel determinare i contenuti della legge. È quindi qualcosa che aiuta la legge a produrre i suoi effetti normativi, correggendo o eliminando storture, disequilibri, comparazioni, o assimilazioni, o differenziazioni, logicamente irragionevoli.

È tuttavia ben noto come nessuna razionalità sia mai esclusivamente formale e procedurale; e del resto, lo Stato costituzionale nasce — come abbiamo visto — storicamente dal superamento del precedente Stato legislativo di diritto, per affermare il principio della inviolabilità dei diritti fondamentali, che tali sono, ovvero 'fondamentali' e 'invio-labili', proprio perché appartenenti al nucleo fondamentale della costituzione, dove si trovano i principi supremi dell'ordinamento, come tali sottratti al procedimento di revisione. In questo senso, lo Stato costituzionale propone veramente una dimensione che si vuole indisponibile

da parte dei detentori dell'indirizzo politico; e in questo senso vi è dunque nella esperienza dello Stato costituzionale la ricerca di una razionalità non meramente procedurale, che si traduce in principi sostanziali, la cui tutela è affidata al controllo di costituzionalità, e in generale alla giurisdizione. È però nella natura dello Stato costituzionale l'impossibilità di tradurre tutto questo in presunta 'oggettività', nella pretesa di prescrivere un destino obbligato alla comunità politica, che deve rimanere libera, nel quadro costituzionale, di decidere le proprie sorti, la direzione della propria marcia. Ma ciò vuol dire semplicemente che lo Stato costituzionale, per sua natura storica, è condannato a vivere entro questa tensione, tra ricerca di 'oggettività' e principio di libera determinazione dell'indirizzo politico, tra principio di unità e principio pluralistico. Non c'è qui una contraddizione da sciogliere, ma una polarità da accettare e mediare.

È dunque per queste tortuose vie che vive l'ordinamento dello Stato costituzionale contemporaneo. Sul piano storico, è importante essere consapevoli della storicità di questo ordinamento, che è frutto delle grandi trasformazioni costituzionali del Novecento. Prima c'era un altro ordinamento, per lo meno in apparenza più semplice perché interamente fondato sul solo pilastro della legge, e in questa stessa misura ritenuto più capace di garantire, proprio con la forza della legge, il valore primario della certezza del diritto. Ora, tutto questo non c'è più. Non c'è più lo 'Stato' nel senso della 'persona che sa ciò che vuole', che in quanto tale è capace, per sua natura, di garantire la certezza del diritto, e degli stessi diritti. Oggi quella certezza non è più qualcosa che si possa presupporre come presente nella volontà legislativa. Oggi la certezza del diritto è tutta da conquistare nella vita concreta dell'ordinamento, a partire dai principi costituzionali, attraverso la legislazione e la giurisdizione, entrambe essenziali nel lavoro incessante d'interpretazione e di concretizzazione di quei principi. Sbaglia quindi chi sceglie la via dei 'primati', dell'una funzione sull'altra. Come abbiamo visto, oggi non è più il tempo del legislatore sovrano, unico padrone della costituzione. Ma al posto di quel tempo non ne è venuto un altro caratterizzato da nuovi padroni, come si potrebbe superficialmente pensare a proposito dei giudici guardando all'espansione del controllo di costituzionalità ed in genere del loro ruolo. Il tempo non è nuovo semplicemente perché si è cambiato padrone. In verità, è accaduto molto di più. In una parola, è iniziato il tempo della costituzione senza padroni.

FRANCESCO SAVERIO NISIO

ANCORA SUL PROBLEMA DELLA MASSA PER IL DIRITTO

(a proposito di Biagio de Giovanni, *Alle origini della democrazia di massa. I filosofi e i giuristi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013)

1. Col volume di de Giovanni viene posta al centro della problematica concernente la *Macht* o potere politico — nuovamente, dopo vent'anni dall'unica pregressa tematizzazione, a conoscenza di chi scrive ⁽¹⁾ — la questione della « massa del diritto » come manifestatasi nel dibattito fra i giuristi in campo pubblicistico nei primi decenni del secolo ventesimo, anche qui confrontata con alcune intuizioni antropologiche messe in luce nell'opera di Canetti *Massa e potere*.

In gioco, nelle discussioni di quel periodo storico, erano il principio di uguaglianza e l'assetto della democrazia in un'epoca di « grande trasformazione », temi nei quali de Giovanni — con *habitus* di antropologo ⁽²⁾ il quale, operando metamorfosi, « tenta di metter[si] dentro le diverse intenzioni » (p. 348) di filosofi e giuristi — rintraccia, fin dalle scaturigini teoriche agli albori del moderno (Rousseau, Tocqueville, Marx) (I, 1), « l'irruzione della vita nella politica » (p. 3), un'irruzione simbolicamente rappresentata dalla presa della Bastiglia del 1789 (p. 116 e tutto I, 4), giusta la plastica immagine consegnata da Canetti alle pagine del suo capolavoro e ripresa più volte da de Giovanni, nonché letta sullo sfondo del dibattito critico sui suoi (contestati) presupposti illuministici, dibattito che ebbe luogo fra Schmitt e Arendt, Freud e Le Bon, Ortega (I, 3).

⁽¹⁾ *La massa del diritto*, Pisa, Ets, 1994. Il dialogo con Canetti è continuato in *Comunità dello sguardo. Halbwachs, Sgalambro, Cordero*, Torino, Giappichelli, 2001; nonché in «Ethica» e politica in *Canetti*, in « Iride. Filosofia e discussione pubblica », 61 (2011).

⁽²⁾ Pp. 24, 46-48, 64. Di seguito, il rinvio al volume di de Giovanni avviene con le seguenti indicazioni: i numeri romani I e II rimandano alle due Parti nelle quali il volume si articola; il numero arabo che segue rinvia al capitolo; la p. indica il numero della pagina. Il rinvio ad altre opere segue invece i consueti canoni di citazione.

Uguaglianza che, come dice de Giovanni, nella democrazia moderna,

rompe ogni forma precedente, [...] mettendo a nudo il dato dell'eguaglianza in natura umana, della sua natura sia emozionale sia razionale, [...] [facendo scoprire] nella democrazia l'uomo come tale, [...] la sua prassi, la sua vita e magari la sua dignità uguale, [...] [insieme] alla fragilità della natura umana [che] spinge, insieme, al conformismo e al particolarismo esasperato, al dispotismo [...] Dentro l'uguaglianza c'è un anelito di libertà e, insieme, una volontà di conformismo, [il quale] tende a vincere sull'altro (pp. 2-3).

L'intento di de Giovanni è quello di tematizzare le risposte che furono date a questa bicefal problematica.

Non c'è bisogno di sottolineare troppo, per chi conosce il percorso dell'autore, il debito che egli contrae con un grande filosofo italiano, Giuseppe Capograssi, con la sua tesi concernente il rapporto tra democrazia e vita o « prassi umana come tale », capace di deformalizzare le classiche legittimazioni giuridico-politiche in direzione d'una nuova democrazia articolata attorno alla massa umana, al mondo sociale, « l'umanità, innumerevole ed oceanica, delle grandi masse che il vento delle idee collettive muove » (3). Si dice Capograssi e bisogna, beninteso, anche sottintendere Vico (4), ma ora si vada oltre.

La vita di cui nel volume si parla è, hegelianamente, sinolo di organicismo e libertà (I, 2), e si fa politicamente « popolo, nazione, classe, massa, quest'ultima vera parola fatale » (p. 4 e I, 4 e 6), con la conseguente « pretesa della vita di farsi immanente alla forma politica travolgendone ogni confine, [...] e richiama[ndo], p[otendo] richiamare [,] la necessità di un potere totale destinato a realizzare l'uguaglianza » (p. 3).

De Giovanni, pur partendo dal presupposto che

la dimensione morfologica di questo intreccio [fra libertà e organicismo] appartiene al nucleo fondante della democrazia moderna, [...] [inclusa] la tensione liberatrice che l'ampliarsi della politica alla sfera vitale porta con sé [e nella quale] l'individuo non scompare [,] anche se è difficile ritrovarlo come tale, [ma] nella massa c'è anche la tensione individualizzante (p. 152);

ebbene, non vede nella filosofia politica, nel dibattito fra filosofi, il campo d'elezione della pur necessaria « mediazione ».

(3) Pp. 29-30. Alcune notazioni su Capograssi anche in *La terra del non-diritto*, in *Agricoltura e beni comuni*, a cura di A. Germanò e D. Viti, Milano, Giuffrè, 2012.

(4) « Così dovrebbe essere anche oggi, in una nuova congiuntura. Discutendo la democrazia di Pericle, discutiamo di noi. Nessuna 'vita' ha tanta potenza a-storica da porsi come intatta e nuda corporeità. Anche il corpo è diventato quel che è perché penetrato dalla storia, formato dalle forme, costituito vichianamente nel linguaggio » (p. 387).

Se certamente l'analisi si distende — oltre che nel confronto con la filosofia politica dei già menzionati « padri » — in un serrato dialogo con Croce, Gentile, Gramsci, Benjamin, Adorno, Foucault, Deleuze (cfr. I, 7, 8, 11); nonché anche con due pensatori che si segnalano come eccezioni: e si tratta del già menzionato Hegel, poi del grande Weber (letto sul limite *esterno* della « gabbia d'acciaio » della razionalizzazione perché in grado di interrogarsi in radice sulla massa quale fondamento « emozionale » della legittimazione politica, nonché sul correlato problema del divaricarsi dei termini del rapporto fra « rappresentanza » o competenza burocratico-politica e parlamentare, e « rappresentazione » o dimensione identitaria attraverso la figura del capo plebiscitario ⁽⁵⁾); nondimeno, non sono appunto costoro il nucleo fondante la risposta maggiormente innovativa ai problemi che si aprono, bensì è all'interno del dibattito fra giuristi, « più vicini topologicamente alle strutture reali del potere, [...] e decisivi autori di 'Teorie generali del diritto e dello Stato' » (p. 13), che de Giovanni va ad indagare.

È questa una mossa felice, che conferma destrezza per lo scarto intellettuale che impone al pensiero in direzione d'una ricerca sul rapporto tra giuristi e massa (« un tema così presente nei pensieri del tempo, [ma assente] dal lessico dei giuristi », p. 334), una mossa paragonabile allo scarto canettiano che consistette nell'andar a cercare fra i filosofi immagini della massa ⁽⁶⁾.

Qui si tratta, dunque, di personalità di giuristi quali Jellinek, Kelsen, Romano, Smend, Heller (cfr. l'intera II): sono loro, i giuristi — « senza i quali manca un fondamentale tassello dialettico », e dei quali « bisogna quasi provare a riscoprire la filosofia spesso implicita [nella loro] posizione » (p. 14, 17) — a cogliere

il complicarsi della struttura statale, pur all'interno di sistemi che avevano forte valenza autoritaria, assumendo lo Stato come contenitore delle nuove forme di vita, dei nuovi rapporti fra i poteri, dei sistemi di rappresentanza che era necessario disegnare [...] nello sforzo di costituzionalizzare (o più ampiamente di formalizzare) le unità vitali emerse a livello di una legittimazione che non poteva più essere semplicemente eliminata: e il formalismo, spesso disprezzato e ideologicamente criticato, ha svolto un ruolo insostituibile (p. 13-14).

[In tal modo], tutta la lotta ideale e politica intorno al tema della democrazia cerca soprattutto di elidere questo intreccio, ridurne la forza prepotente (e libertà), ma non esclusiva, fino a provare a nascondere e articolare quel principio fondante, aprendo lo stesso principio democratico a una problematicità che ne accompagna la storia (p. 32).

⁽⁵⁾ Al tema « rappresentanza-rappresentazione » è dedicato l'intero II, 5.

⁽⁶⁾ E. CANETTI, *La provincia dell'uomo*, Milano, Adelphi, 1978, p. 328.

Ecco enunciata, in estrema sintesi, la tesi del volume, nel quale il cuore del problema sta tutto nel rapporto fra pensiero (politico) e forme (istituzionali), dunque nel legame all'epoca in via di costruzione fra vita e Stato, fra massa e diritto, « nel tentativo di una 'mediazione' fra liberalismo e democrazia » (p. 12).

Questo è lo sfondo su cui, rendendo attuale la ricostruzione di un dibattito che non è solo consegnato al passato (« anche quella nostra è epoca di 'grande trasformazione', e anche ora lo slabbrarsi del rapporto tra vita e forme è all'ordine del giorno », p. 19, 383), è possibile leggere anche il senso del sottotitolo del volume, che potrebbe ora esser inteso anche quale allusivo e « dialettico » rimando ad altra opera nell'oggi della filosofia del diritto, opera molto influente negli ultimi anni, a firma di Mauro Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto* (Bologna, il Mulino, 2011²). Anche Barberis si preoccupa infatti, incontrando la lodevole attenzione che è di de Giovanni (p. 381), del « pensiero dei giuristi », da lui letto in dialogo con la tradizione filosofica generale, senza « ingiustamente isolarlo in una storia specialistica » (7).

Così come non va taciuto un altro importante referente nel dibattito attuale, incalzato criticamente da de Giovanni e ben presente nelle pagine del volume: la questione « biopolitica », di ascendenza foucaultiana, con le sue ramificazioni contemporanee (Agamben, Negri, fra altri) (8).

Non è qui possibile ricostruire ulteriormente le minuzie filologiche (« una analisi fin troppo lunga », p. 380, « per medaglioni », p. 17) con le quali de Giovanni conduce, per quattrocento dense pagine, un'operazione comunque appassionante ed arricchente di storia del pensiero filosofico e giuridico, e *tout court* di ricerca nel campo della storia delle idee. Un autore che, tornando a Barberis, si esprime con voce anzitutto di *filosofo* (il richiamo a « le mie competenze », p. 267) nel prender oggi la parola in un dibattito concernente la filosofia del diritto, difendendo una tesi che cerca di ridefinire « in senso ampio », etico-politico, la portata *filosofica* di una *teoria generale* del diritto, all'altezza del dibattito contemporaneo.

(7) p. 381. Va notato, comunque, che con l'eccezione di Kelsen, Romano e Schmitt, nessuno dei giuristi richiamati da de Giovanni (Jellinek, Leibholz, Smend, Heller) è menzionato nel sintetico e percussivo volume di Barberis. Si possono aggiungere altri nomi di celebri assenti, certamente ancor più ingiustificati, quali Carbonnier fra i sociologi del diritto (per quanto, qua e là, compaia qualche riferimento ad un « non-diritto » e al « pangiurismo »), Zagrebelsky e Rodotà fra i neocostituzionalisti. Ma le scelte, pur dolorose, sono ben necessarie in opere di sintesi.

(8) I, 11 e p. 379 e ss. Come si vedrà più avanti, data una certa indubbia specularità fra l'opera di Canetti e quella di Foucault, la critica all'una sta — o cade — con la critica all'altra.

Ciò che è possibile fare, invece, è sottolineare alcune specificità dell'approccio « ermeneutico » ⁽⁹⁾ di de Giovanni, non tanto sul versante metodologico generale, quanto piuttosto su quello specifico elaborato ai fini della presente ricerca. La tesi fondante l'interpretazione concerne « la natura delle cose o vita » (pp. 46-48) ed in particolare « la dimensione antropo-vitale e perfino emozionale » (p. 46, 48, 61) in rapporto alla razionalità nel moderno, esplicitata nel legame fra *sentimento* dell'eguaglianza (di esso si sostanzia l'esperienza della metamorfosi in massa, o « istante della felicità », secondo Canetti, p. 117) e forma della politica democratica. De Giovanni utilizza anche il lemma del « pre-logico » — certo, in uno solo caso ⁽¹⁰⁾ — per descrivere tale dimensione emozionale, emotiva, espressione d'una differente forma di razionalità quando coniugata, nella sua complessità, con la dimensione ordinante, consapevole, tendenzialmente individualistica e, appunto, « formale ».

Per de Giovanni, « l'uomo come ente desiderante uguaglianza » (p. 42) viene dunque al centro della scena politica, col suo intreccio complesso di fragilità e forza, uguaglianza e dispotismo, esistenza e forma. È qui che le teorie politiche, di elaborazione filosofica o giuridica (in questo caso, di « politicizzazione del diritto pubblico », p. 257), entrano in campo per legittimare soluzioni istituzionali al rebus della « rappresentabilità della democrazia » (p. 52), nel tentativo di « 'raffreddare' la democrazia » dalle sue pulsioni « magmatiche » ⁽¹¹⁾, tentativo che fu uno dei compiti del diritto pubblico europeo nell'epoca della « grande trasformazione » (p. 61).

2. Ora, pur concordando con la tesi di de Giovanni concernente la rilevanza della risposta giuridico-politica fornita dai giuristi mediante la rifondazione del diritto pubblico ottocentesco, in una molteplicità di prospettive gravitanti attorno all'opera di Jellinek (il quale, va detto, certamente non per un caso fu intimo « amico » ⁽¹²⁾ e conoscitore dell'opera sociologico-giuridica weberiana); e ben precisando che, qui,

⁽⁹⁾ P. 17, « cerchio ermeneutico », 31, « criterio ermeneutico », 152-53 « ipotesi ermeneutica ».

⁽¹⁰⁾ P. 351. Altrove c'è richiamo ad « una forma di 'razionalità' che va studiata nella sua autonomia » (p. 126); ad « una base emozionale (ma comunque portatrice di una sua razionalità) della politica » (pp. 144-45); ad una diversa « mentalità » (p. 385): insomma, neppure Lucien Lévy-Bruhl è così lontano da questo torno di pensiero, e qui può aver pesato l'eredità capogrossiana, cfr. *La terra del non-diritto*, cit.

⁽¹¹⁾ « Magma », « combustione », « calore », « energia vitale » e poi « embrioni », « morfologia nucleare », « cellula »: è linguaggio ricorrente in tutto il volume.

⁽¹²⁾ M. LA TORRE, *La lotta del "nuovo" diritto contro il "vecchio"*. Georg Jellinek pensatore della modernità, in « Quaderni fiorentini », 25 (1998), p. 120.

non sarà possibile andar oltre questa iniziale presa d'atto circa un interessante lavoro ricostruttivo di innegabile e rilevante portata nel panorama filosofico e giuridico italiano⁽¹³⁾; preme sottoporre a qualche ulteriore considerazione il radicamento intellettuale in Canetti che de Giovanni dà della propria ipotesi di rilettura.

Dallo sforzo dei singoli per allontanare da sé la morte è sorta la mostruosa struttura del potere. Si richiesero innumerevoli morti perché continuasse la vita di un singolo. La confusione che ebbe origine allora si chiama storia. Qui dovrebbe cominciare il vero illuminismo, che fonda il diritto di *ogni* singolo a far continuare la sua vita (1972)⁽¹⁴⁾.

A Canetti non era certamente estranea la sensibilità filosofico-giuridica, come questo testo mostra senza ombra di dubbio. Apolide ed autodidatta, il pensatore e scrittore ebreo bulgaro visse a Londra sin dalla fine degli anni trenta, città nella quale risiederà per il resto della vita, alternando al soggiorno londinese la seconda casa di Zurigo. Sarà a partire da quegli anni che egli, sulla scorta d'un progetto all'epoca già avviato da una decina d'anni, metterà a fuoco l'impianto complessivo del volume destinato a veder la luce vent'anni dopo nel 1960, appunto *Massa e potere*.

Ma adesso preme sottolineare quanto profondo sia stato l'influsso della cultura anglosassone su Canetti, con la sua piegatura antropologica non solo attraverso le scuole classiche ma, soprattutto, per il tramite del modello filosofico di riferimento, Hume, un autore del quale Canetti possedeva più edizioni delle opere maggiori nelle personali librerie inglese e svizzera. E dire Hume significa anche dire qualcosa di molto preciso circa l'orientamento del « vero illuminismo » cui Canetti guardava, aggiungendo certamente del proprio ad un'impostazione ben marcata qual era quella humeana, anche in tema di diritto⁽¹⁵⁾.

(13) Si veda ancora su Jellinek: M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979; O. JOUANJAN, *George Jellinek ou le juriste philosophe*, in G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, Paris, Panthéon-Assas, 2004; R. MARRA, *La religione dei diritti. Durkheim, Jellinek, Weber*, Torino, Giappichelli, 2006; sul tema rappresentanza-rappresentazione, P. COSTA, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, in « Il Filangeri », 1-3, 2004; su Smend, G. GOZZI, *La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar*, in Id., *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, il Mulino, 1988.

(14) CANETTI, *La provincia dell'uomo*, cit., p. 371. Canetti viene qui citato in italiano, con verifica della traduzione.

(15) Si veda in BARBERIS, *Giuristi e filosofi*, cit., le pagine dedicate alla filosofia del diritto di Hume, pp. 93-96. Si veda anche, più in generale, Id., *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1998. Da chi scrive, Hume viene letto sotto una specifica angolatura, che ne sottolinea la dimensione *ethica*, cfr. R.H. POPKIN, *Hume and Spinoza*, in

Si può dire, in effetti, che il problema della « forma giuridica », come enucleabile dal testo del 1972 sopra citato, un testo di vago sapore giusnaturalistico — ma di un naturalismo filosofico antropologicamente fondato —, sia centrale nell'intero progetto, filosofico e politico, che innerva *Massa e potere*.

Se « forma » in campo giuridico significa, come afferma de Giovanni, « dar forma e norma alla base vitale che nessuno potrà più semplicemente estromettere, ma che va ordinata, raccolta nella sua essenzialità, distinta nella sua varia potenza e anche occultata e scartata per qualche suo lato » (p. 14), ebbene, bisogna solo domandarsi a quale « formalismo » — data la « natura ossimorica » del formalismo (p. 286) — potesse pensare Canetti nella *Aufzeichnung* letta.

Quale sarebbe dovuta essere la struttura « non mostruosa » di una *Herrschaft*, di una forma possibile di potere legittimo, e dunque di una « luce » capace di fondare, di far vedere il diritto di *ogni* singolo a far continuare la propria vita, vale a dire a guardare senza fine nella luce dell'aperto — giusta la chiusa di *Massa e potere*, dove si legge: « Chi vuol riuscire ad aggredire il potere deve afferrar negli occhi senza timore il comando e trovare i mezzi per sottrargli la sua spina »? ⁽¹⁶⁾ Non è difficile rispondere alla domanda, sottolineando anche ulteriori fonti nell'opera del pensatore ebreo bulgaro, rispetto a quelle già significative citate da de Giovanni ⁽¹⁷⁾.

Canetti, come altrove si è cominciato ad indicare ⁽¹⁸⁾, ha mostrato indubbia ammirazione per un sistema politico preciso, quello inglese nel quale viveva e che egli poteva pienamente osservare da antropologo — da antropologo del diritto, si può aggiungere —, un sistema giuridico-politico capace di apprestare alcune, praticabili soluzioni per il problema che per lui era centrale e dirimente.

E infatti, in *Massa e potere* la caratteristica essenziale del sistema parlamentare inglese è vista nella lotta fra partiti *che rinunciano ad uccidere*. Ecco come Canetti descrive il « dar forma e norma alla base vitale », ovvero al diritto di *ogni* singolo componente della massa politica (nazionale, in questo caso) a far continuare la propria vita:

Il sistema *bi-partitico* del parlamento moderno si avvale della struttura psicologica di eserciti in battaglia. Questi ultimi nella guerra civile erano

« Hume Studies », 1979, 2; W. KLEVER, *Hume contra Spinoza?*, in « Hume Studies », 1990, 2; ID., *A Vindication*, in « Hume Studies », 1991, 2; ID., *More About Hume's Debt to Spinoza*, in « Hume Studies », 1993, 1; A.C. BAIER, *David Hume, Spinozist*, in « Hume Studies », 1993, 2; V. MAXWELL, *The Dialectic of Enlightenment: A Critique of Recent Spinoza-Hume Scholarship*, in « Animus », 7 (2002).

⁽¹⁶⁾ E. CANETTI, *Massa e potere*, Milano, Adelphi, 1981, p. 571.

⁽¹⁷⁾ Un intero capitolo dedicato a Canetti, I, 4.

⁽¹⁸⁾ Si veda in «Ethica» e *politica in Canetti*, cit.

davvero presenti, seppure con riluttanza. Non si uccide volentieri la propria gente. [...] Ma i due partiti che sono lì devono continuare a misurarsi anche in seguito. Essi combattono rinunciando ai morti. Si deve ammettere che in uno scontro cruento vincerebbe il numero più grande. [...] In una votazione parlamentare non c'è altro da fare che verificare sul posto la forza di ambedue i gruppi. Non è sufficiente conoscerla a priori. Un partito può avere 360 deputati, l'altro solo 240: la *votazione* rimane determinante come l'istante in cui davvero ci si *misura*. È una sopravvivenza dello scontro cruento [...] Il conteggio dei voti segna la fine della battaglia. Si deve ammettere che 360 uomini avrebbero vinto su 240. La massa dei morti resta interamente fuori del gioco. All'interno del parlamento non ci possono essere morti. L'inviolabilità dei deputati esprime nel modo più chiaro questo intento. [...] L'eguaglianza dei deputati — ciò che li rende massa — consiste nella loro inviolabilità. Da questo punto di vista non c'è alcuna differenza fra i partiti. Il sistema parlamentare funziona fintanto che sia garantita tale inviolabilità ⁽¹⁹⁾.

Il testo appena letto va accostato ad un passaggio, altrettanto rilevante, ne *La provincia dell'uomo*. Entrambi i testi vanno riportati e letti nella loro (quasi) integralità, poiché mostrano l'antropologo all'opera, l'osservatore delle *mœurs*, dei costumi, dunque esibiscono il necessario legame fra visione e realtà, fra dimensione ideale e realismo dell'osservazione ⁽²⁰⁾. Da vero antropologo quale è stato per l'intera sua esistenza, Canetti sottopone anche l'osservazione dei costumi, delle *mœurs*, in campo politico-giuridico, al rigore caratteristico dell'opera che lo renderà famoso in svariati ambiti intellettuali.

Ogni volta che le cose vanno male per gli inglesi, mi prende una grande ammirazione per il loro parlamento. È come un'anima resa luminosa e sonora, un suo modello vicario, in cui si svolge dinanzi agli occhi di tutti ciò che altrimenti resterebbe segreto. Oltre alla libertà di cui parlano sempre, gli uomini si sono qui procurati una libertà sconosciuta: quella di confessare pubblicamente le colpe politiche e di ottenere per esse un'assoluzione che dipenda da un organismo terreno. C'è qui una possibilità di attaccare i potenti che inutilmente si cercherebbe altrove. Non per questo sono meno potenti; in realtà tutto dipende dalle loro decisioni; hanno la forte consapevolezza che ci vuole, ma non la boria, che il parlamento fa loro passare in maniera radicale. Seicento ambiziosi si sorvegliano a vicenda rigorosissimamente; le debolezze non possono restare nascoste; le forze hanno il loro peso.

⁽¹⁹⁾ CANETTI, *Massa e potere*, cit., pp. 224-25.

⁽²⁰⁾ Ciò rende poco difendibile, a parere di chi scrive, l'esplicita « esclusione delle Scuole di pensiero sociologico-giuridiche » (p. 17) dal novero dei *topoi* rilevanti nella ricerca di de Giovanni. Peraltro, è proprio dentro quella Scuola che si è verificata la prima, importante recezione dell'impostazione tematizzata in questo volume: un *giurista*, negli anni cinquanta, ha cominciato a parlare delle masse, cfr. *Il giurista-massa e il non-giurista*. Carbonnier filosofo, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012).

Tutto si svolge in modo assolutamente pubblico; si viene continuamente valutati. Ma si può anche, in mezzo al tumulto quotidiano, starsene in disparte e ammonire. Il profeta, purché abbia soltanto la pazienza sufficiente, qui può aspettare. Impara ad esprimersi in modo che il mondo lo capisca. In generale, la chiarezza di tutte le dichiarazioni che qui vengono fatte è il primo presupposto della loro efficacia. Per quanto sia intricato il vero gioco del potere — nella sua faccia esterna si tratta di ben precise richieste e schieramenti. Non c'è nulla di più strano di questo popolo: esige che anche gli affari più importanti siano sbrigati in modo rituale, sportivo, e non deroga da ciò neppure quando ha l'acqua alla gola (1942) (21).

Si leggano in sequenza anche le seguenti, ulteriori *Aufzeichnungen*, nelle quali egli offre, da un lato, un'immagine poetico-letteraria del legame fra leggi e *mœurs* nel popolo inglese, in particolare fra leggi e lingua, il costume per eccellenza:

Gli inglesi non hanno messo per scritto le loro leggi, se le portano addosso (1942) (22).

Agli inglesi si può parlare soltanto di ciò che veramente uno ha visto. Ciò che conta è il presente; tutto si svolge come dinanzi al tribunale. Si pronuncia una sentenza, non senza aver visto l'accusato, una città, un'intera regione. Si è chiamati a testimoniare e bisogna attenersi rigorosamente alla verità, a ciò che si intende per verità dinanzi a un tribunale. Non ci si difende. Influenzare il prossimo è cosa che viene lasciata agli appositi professionisti. Si vuole essere personalmente giudice, o quanto meno testimone; se non alla sentenza, si prende parte diretta al fatto. — Con gli estranei non ci si diffonde sui propri desideri, disprezzati come pure fantasticherie. Sono stati trasformati in risoluzioni, solo gli obiettivi contano. Un desiderio che non porti a un'azione non interessa nessuno, lo si tiene per sé. Le azioni invece sono palesi; poiché si compiono dinanzi agli occhi di tutti, reca solo pregiudizio parlare da sé delle proprie. Sono gli altri che devono giudicarle, non si influenza la sentenza altrui. L'inglese giudica spesso, ma anche si sottopone al giudizio. Non ha la sensazione che un potere misterioso e dispotico intervenga d'improvviso a sopraffarlo, in ogni caso, comunque stiano le cose; perfino Dio è giusto per lui (1943) (23).

Nessuna lingua è tanto intrisa di superbia come l'inglese. Sarebbe bello fare i confronti e sapere come fossero soliti parlare i romani dopo vari secoli di potere; a questo non si arriverà mai. Ma fra le lingue che si parlano oggi, quella degli inglesi è la superbia incarnata. Le sue parole sono messe in fila come bacchette; non risuonano troppo alte né troppo profonde. Le frasi possono essere spezzate in qualsiasi punto, come bacchette; esse irraggiano

(21) CANETTI, *La provincia dell'uomo*, cit., pp. 30-31.

(22) Ivi, p. 32.

(23) Ivi, p. 54. È l'acutissimo lettore di Kafka a dire queste cose sullo sfondo di un sistema giuridico ben differente da quello continentale, a contatto del quale scriveva il praghese: Canetti mostra una sensibilità da comparatista, in certo senso.

una generica sensazione di sicurezza e di superiorità, come un'aria di famiglia o di clan, che non ha niente a che fare con i meriti e le qualità del singolo. La superbia è qualcosa che va da sé, altrimenti è proibita, chi ne ha una propria, privata, oltre a quella di tutti, la nasconde: quella di tutti è molto più importante. Ogni asserzione, nella sua apparente asciuttezza, è una sentenza [*Urteil*]; il giudicare ha interamente divorato il linguaggio. Il rispetto che è dovuto ad ogni individuo e ad ogni sua frase è il rispetto dinanzi al *giudice*. Nella lingua la passione suscita diffidenza; come potrebbe essere imparziale? Ma questi giudici, tutti, sono pronti a scendere al livello dei bambini e a spiegare loro le cose più varie; in ciò la loro gentilezza non ha limiti. Colui che sentenzia, in questo caso, diviene paziente; per l'esecuzione si concede tempo. Può anche essere differita; basta che la sentenza sia stata pronunciata. Qualsiasi altra cosa ci sia da dire, ha poca importanza; forse è solo una sensazione, un umore, è cosa passeggera, e in ogni caso passa. L'inquadramento nel senso di superiorità di un'intera casta priva comunque la lingua di ogni vanità; lo scintillio privato e maligno del francese è totalmente assente. In inglese non si dice tanto male degli altri; o, più esattamente, il male che si dice potrebbe anche essere detto di ogni altro, e quindi non risulta così astioso. La fredda affettazione di nobiltà dell'inglese nella sua lingua è inimitabile; bisogna che tutti, o per lo meno moltissimi, ne partecipino e bisogna essere vissuti a lungo fra quei molti per riuscire ad appropriarsene (1948) ⁽²⁴⁾.

In altre *Aufzeichnungen*, Canetti riflette invece sul sistema delle pene, cercandone una giustificazione possibile e necessaria, e lo fa anche qui partendo dalla pratica, dagli *habitus* individuali e collettivi, cominciando dal proprio:

Il sistema delle ricompense e delle punizioni si inasprisce beffardamente, finché non dovremo vergognarci di esso in cielo e nell'inferno (1943) ⁽²⁵⁾.

Legislatori che devono far vedere, per prima loro, come fare esattamente ogni cosa (1966) ⁽²⁶⁾.

Anch'io faccio parte di quegli esseri 'miti' che tentano di spiegare i delitti e, così facendo, li scusano a metà. Odio la pena che è decisa dai sicuri. Detesto la costrizione. Ma anch'io conosco perfettamente l'abissale cattiveria dell'uomo. La conosco partendo da me. È dunque indulgenza per me, ciò che ottengo con queste spiegazioni? No, nel chieder conto a me stesso io sono duro. Nondimeno ho evitato di commettere delitti, e dunque ogni pubblica pena. Come posso volere per altri pene che non mi toccheranno mai? Per approvare le pene bisognerebbe allora commettere dei delitti? No, sarebbe capriccio ed ipocrisia. Che mezzo c'è per stabilire le pene con equità senza rendere le cose facili a se stessi? (1971) ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 153.

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 74.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 295.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 351.

Ragionando tecnicamente da filosofi del diritto, si potrebbe dire che non vi è nessun « antiformalismo » in tale posizione canettiana di osservazione del sistema giuridico, su temi quali il legame fra attività nomotetica e prassi individuale, le regole del gioco istituzionali (il Parlamento), le pene in rapporto alla moralità privata, nonché sul legame fra norma scritta e costumi di un popolo.

Non essendo sua la *competenza* di giurista, cioè del tecnico di cose del diritto, Canetti si è dato invece il compito di ragionare, da par suo, sulla perversione della « mostruosa struttura del potere », della *Macht*, intesa quale macchina di distruzione ed assoggettamento alla logica dell'annientamento e della sopravvivenza, macchina che era all'opera sotto gli occhi di tutti nella letale esperienza nazi-fascista nonché in quella, dotata di altre caratteristiche, stalinista.

E in *Massa e potere* lo ha fatto, anche lui, indagando soprattutto al livello « microfisico »⁽²⁸⁾ delle pratiche, delle abitudini, dei costumi, accentuando il profilo dell'analisi che concerne il coinvolgimento dell'individuo: su tutti, il *suo* costume del sopravvivere, ma poi anche studiando le « viscere » di quel potere (afferrare, incorporare, mangiare), analizzandone le « componenti » (forza, velocità, domandare, segreto, sentenza), dissezionandone la logica del « comando », indagandone « aspetti » o posizioni (direttore d'orchestra, ordine del tempo, la corte), fino a chiudere sul potere come vera e propria malattia psichica (paranoia).

Va allora sottolineato come sia ben lungi dalla logica di quest'impostazione non riconoscere legittimità alle strutture tradizionali, antropologiche, dell'organizzazione del potere sociale (della *Herrschaft*, si ripete), ovvero per usare i suoi termini l'attività delle mute di accrescimento, caccia, guerra e lamento nelle metamorfosi a lui contemporanee. Le prassi dei popoli — i loro costumi o *habitus* — esprimono tutte, comprese le loro espressioni politico-giuridiche « formali », un bisogno di vita che richiama direttamente il diritto di *ogni* singolo a far continuare la propria vita.

Come si esprime de Giovanni a proposito delle critiche di Heller a Kelsen:

Gli elementi vitali che danno forma a questi ordinamenti [vanno] collocati al loro interno, come forniti di senso, il che trasferisce lo stesso tema della

(28) « Pour Monsieur Elias Canetti, pour lui dire mon plaisir d'être son humble jumeau. MF »: è la dedica di Foucault alla copia de *Les mots et les choses*, consegnata *pro manibus* a Canetti a Parigi alla metà degli anni sessanta, cfr. A. LOMBARDI, *La scuola dell'ascolto. Oralità, suono e musica nell'opera di Elias Canetti*, Bologna, UtOrpheus, 2011, p. 15, e *Comunità dello sguardo*, cit., pp. 41-42. Il livello 'microfisico' dell'analisi foucaultiana ha riguardato maggiormente pratiche o costumi (il *bios*) nell'esercizio del potere *istituzionalizzato* (carcere, manicomio, clinica, ecc.).

volontà da impulso individualizzante a forma razionale di una 'massa' di senso che in quella volontà si specifica e si determina e si fa ordinamento della vita (p. 372).

È difficile immaginare un dissenso da parte di Canetti su questa proposizione.

FRANCESCO SALERNO

L'ATTUALITÀ DELL'ORIGINARIA CONCEZIONE DUALISTA DI ANZILOTTI SUI RAPPORTI TRA ORDINAMENTI

(rileggendo D. Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*,
Bologna, Zanichelli, 1905; Padova, Cedam, 1956)

1. Il limite costituzionale del rispetto degli obblighi internazionali alla luce della dottrina positivista originaria dell'Anzilotti. — 2. Il vincolo costituzionale per gli organi politici all'attuazione degli obblighi internazionali. — 3. Il vincolo per il giudice nazionale di seguire l'interpretazione conforme del diritto interno al diritto internazionale. — 4. L'accertamento d'ufficio del diritto internazionale. — 5. Conclusioni.

1. *Il limite costituzionale del rispetto degli obblighi internazionali alla luce della dottrina positivista originaria dell'Anzilotti.*

Come è noto, fu Anzilotti a forgiare agli inizi del Novecento la soluzione « dualista » invalsa in Italia nell'impostare i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale. La premessa di questa dottrina è l'assunzione del carattere originario ed autonomo dei due sistemi giuridici, vale a dire che ciascun ordinamento ritrova in sé il fondamento del carattere vincolante delle proprie norme senza che vi siano rapporti di subordinazione di un sistema all'altro.

Anzilotti era permeato da influenze germaniche con riferimento sia al movimento della pandettistica, sia soprattutto alla scuola pubblicistica tedesca che ne era derivata ⁽¹⁾, in particolare alla figura di Triepel ⁽²⁾. Quest'ultimo ebbe il merito di porre su basi scientifiche l'autonomia del diritto internazionale sia da regole extragiuridiche (etiche, politiche, di cortesia), sia dal diritto pubblico interno dello Stato, del quale era stato considerato in precedenza come una proie-

⁽¹⁾ Cfr. in proposito F. SALERNO, *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana*, in « Rivista di diritto internazionale », 2009, p. 921 e ss.

⁽²⁾ H. TRIEPEL, *Volkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899; trad. it. *Diritto internazionale e diritto interno*, a cura di G. C. Buzzati, Torino, Utet, 1913.

zione « esterna »⁽³⁾. Anzilotti accentuò a sua volta il grado di autonomia del diritto internazionale discostandosi non poco dall'impostazione di Triepel⁽⁴⁾. Si tratta di un aspetto costante del suo pensiero, che pur subì non poche oscillazioni anche perché egli ricostruì il diritto internazionale nella piena consapevolezza del carattere relativo delle sue soluzioni per le possibili evoluzioni nel tempo di quel diritto. E ciò rappresenta un elemento fondamentale di differenziazione tra Anzilotti e successivi — pure eminenti — studiosi della scuola positivista italiana di diritto internazionale della prima parte del Novecento, come Perassi, Ago e Morelli, nei quali prevale una impostazione volutamente dommatica con inevitabili forzature nella concettualizzazione del sistema giuridico internazionale. Anzilotti accoglie invece alcune soluzioni di impronta decisamente poco dommatica come bene è stato segnalato di recente a proposito del ruolo creativo che lui riconosce alla giurisprudenza internazionale⁽⁵⁾. Nella stessa prospettiva si collocano alcune sue indicazioni sui rapporti tra ordinamenti nello scritto « Il diritto internazionale nei giudizi interni »⁽⁶⁾.

Tale studio ha costituito il fondamento della concezione dualista nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno, ma se ne sono valorizzate soprattutto quelle parti meglio funzionali a stabilire il carattere originario dei due ordinamenti. Ciò risponde, in parte, alla maggiore continuità di questi profili con il successivo pensiero di Anzilotti, in parte alla preoccupazione della dottrina positivista italiana di preservare l'assoluta e completa « indifferenza » formale del diritto interno rispetto al diritto internazionale, almeno in assenza di una norma espressa o anche solo « implicita » in tal senso nell'ordinamento statale. Questo atteggiamento dottrinario era legato, oltre che al rifiuto della concezione monista kelseniana, alla volontà di mantenere saldo il monopolio statale sulle fonti di diritto interno. La cautela seguita dall'Assemblea costituente nel predisporre le garanzie a sostegno del

(3) Cfr., tra gli altri, G. W. F. HEGEL *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. a cura di F. Messineo, Bari, Laterza, 1954, p. 279 e ss.

(4) Aspetto sottovalutato da D. ALLAND, *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, Paris, Pedone, 2012, p. 65, per quanto lo stesso Alland (ivi, p. 27 e ss.) riconosca ampiamente l'importanza della specifica formazione filosofica di Anzilotti quale traspare in particolare nel saggio su « Il diritto internazionale nei giudizi interni ».

(5) Cfr. P.-M. DUPUY, C. LEBEN, *Avant Propos*, in D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 1999.

(6) Lo scritto esce nel 1905, edito a Bologna da Zanichelli; esso è stato inserito nella raccolta (non completa) delle *Opere* di Dionisio Anzilotti, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. I, Padova, Cedam, 1956, p. 281 e ss.: a questa edizione si farà di seguito riferimento per i richiami in nota.

diritto internazionale rinforzava tale tendenza e quindi incoraggiava la dottrina ad assicurare la piena sovranità normativa del legislatore nazionale nell'attuazione di obblighi internazionali anche a tutela dei diritti propri dei privati come riconosciuti dall'ordinamento interno (7).

Questo modello ha però subito un notevole ridimensionamento. Anzitutto il diritto internazionale si è evoluto nel corso degli ultimi decenni nel senso di una maggiore espansione ed incisività, esprimendo norme direttamente rilevanti nella sfera individuale e stabilendo — in non pochi casi — maggiori garanzie rispetto a quelle che offre il diritto comune dello Stato. Nel contempo, il sistema costituzionale è stato modificato nel 2001 formulando nel nuovo art. 117, 1° comma, un'espressa garanzia costituzionale con riferimento al rispetto generalizzato degli obblighi internazionali, che colma la lacuna originaria (8) e porta a compimento la dottrina neo-dualista da tempo avviata dalla Corte costituzionale (9), col risultato di introdurre un vincolo generalizzato per la funzione legislativa ordinaria sia essa esercitata dal Parlamento o dalle Regioni. La nuova prospettiva dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale apertasi con la riforma costituzionale del 2001 ha introdotto varie problematiche su alcune delle quali colpisce l'attualità delle soluzioni già prospettate da Anzilotti circa un secolo fa ne « Il diritto internazionale nei giudizi interni ». Vero è che si trattava di indicazioni rapportate ad un quadro costituzionale diverso dall'attuale. Lo Statuto Albertino, oltre a mancare di garanzie espresse con riguardo al diritto internazionale, aveva natura « flessibile » ed era ovviamente privo di un controllo costituzionale accentrato. Ma, nonostante ciò, Anzilotti si indulgeva ad enucleare una serie di regole non scritte aventi per l'appunto rilevanza costituzionale, così da delineare una prospettiva che, sfumata nel suo pensiero successivo (10), mantiene la sua attualità perché proprio questa concezione originaria meglio si attaglia alla novella costituzionale del 2001.

(7) Per tutti, si segnala la posizione espressa da A. BERNARDINI, *Formazione delle norme internazionali e adattamento del diritto interno*, Pescara, Libreria dell'Università, 1973.

(8) Corte costituzionale, sent. 24 ottobre 2007, n. 349, par. 6.2.

(9) Cfr. F. SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in « Rivista di diritto internazionale », 2006, p. 340 e ss. E infatti la Corte costituzionale ha respinto il tentativo di ridimensionare l'impatto della nuova disciplina costituzionale con due note sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007.

(10) È quanto risulta dall'impostazione che D. Anzilotti dà ai rapporti tra diritto internazionale e diritto interno nel *Corso di diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1928, p. 45 e ss., più vicina all'approccio dualista dommatico e « radicale ».

2. *Il vincolo costituzionale per gli organi politici all'attuazione degli obblighi internazionali.*

In un passaggio centrale dello scritto in esame Anzilotti così si esprime: « è certamente ragionevole presumere che lo Stato voglia ed agisca in modo conforme a ciò che gli è imposto dai suoi doveri internazionali »⁽¹¹⁾. Anzilotti rifiutava l'assioma dualista « puro », secondo cui, nel presupposto dell'autonomia del diritto interno dal diritto internazionale, gli organi dello Stato non fossero « vincolati dalle norme giuridiche internazionali »⁽¹²⁾. A suo dire, « tale conseguenza non è logicamente contenuta nelle premesse, ma le eccede e le sorpassa »⁽¹³⁾, perché egli non arrivava a delineare una scissione concettuale tra lo Stato « costituente » come destinatario di norme internazionali e lo Stato « gestore » dell'ordinamento interno preposto ad attuarle. Egli configurava piuttosto una situazione di continuità: « coloro che sono sottoposti all'autorità della norma sono quei medesimi che la creano »⁽¹⁴⁾. In quanto la condotta conforme dello Stato dipende dai suoi organi, « i diritti ed i doveri internazionali sono esercitati o adempiuti da vari organi dello Stato nella misura della competenza attribuita a ciascuno dal diritto interno: dentro questi limiti, però, *gli organi possono essere direttamente in contatto col diritto internazionale*, perché gli organi sono lo Stato »⁽¹⁵⁾. Entro questa linea di continuità, si traduceva la rilevanza costituzionale del rispetto di obblighi internazionali nell'ambito delle funzioni svolte da singoli organi dello Stato, così da ammettere « un rapporto di subordinazione del diritto interno al diritto internazionale »⁽¹⁶⁾, che discendeva « dallo stesso rapporto di subordinazione dello Stato al diritto internazionale »⁽¹⁷⁾.

Così, per gli organi preposti a legiferare in materia regolata da

⁽¹¹⁾ D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 459.

⁽¹²⁾ Così lo stesso ANZILOTTI, *ivi*, p. 430. La tesi di Anzilotti viene criticata da D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto internazionale*, Torino, Utet, 1906, p. 294 e ss. (per il quale gli obblighi internazionali dello Stato non « coincidono con obblighi dello Stato stesso nei vari aspetti che esso assume in quanto esercita funzioni diverse »); M. MARINONI, *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1913, p. 156; C. ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in « *Annali dell'Università di Camerino* », vol. VI (sezione giuridica), 1932, p. 323.

⁽¹³⁾ ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 430.

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, p. 502.

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, p. 430, corsivo aggiunto.

⁽¹⁶⁾ *Ivi*, p. 448.

⁽¹⁷⁾ *Ivi*, p. 517.

trattati internazionali o — più specificamente — a predisporre le norme di attuazione di obblighi internazionali, « i doveri internazionali dello Stato costituiscono [...] un complesso di limiti giuridici della funzione legislativa, nel senso che lo Stato, essendo giuridicamente tenuto verso gli altri Stati ad una determinata condotta, non può emanare norme giuridiche contrarie a ciò che il diritto internazionale esige da lui »⁽¹⁸⁾. La rilevanza costituzionale del limite del rispetto degli obblighi internazionali non era ovviamente tale da pregiudicare l'assoluta sovranità dello Stato nell'ordinamento interno. Da qui l'ammissibilità di una possibile contraddizione tra diritto interno e diritto internazionale, nel senso che il modo d'essere del primo fosse contrastante con gli obblighi imposti allo Stato sul piano internazionale. Ma questa contraddizione rileva solo dal punto di vista del diritto internazionale⁽¹⁹⁾, determinando la responsabilità internazionale dello Stato, ma non la invalidità nel « suo » ordinamento interno di eventuali norme contrarie all'obbligo internazionale.

La « subordinazione » di cui parla Anzilotti non può però essere accostata a quella propriamente kelseniana. Essa denota piuttosto l'idoneità del solo diritto internazionale di esprimere valutazioni sul modo d'essere del diritto interno e dunque la necessità logica che questo vi si fletta in senso conforme, senza però mai perdere la sua indipendenza ed originarietà. Il modo in cui Anzilotti configura il limite alla funzione legislativa resta tutto interno alla sovranità costituzionale dello Stato, che annovera così tra i suoi principi quello di rispettare gli obblighi internazionali, ma lasciando impregiudicato il nucleo essenziale della sua libertà di legiferare in violazione del diritto internazionale. Se ne evince una soluzione che appare di particolare attualità, nel senso di assumere la coerenza del diritto interno al diritto internazionale quale regola generale e solo una eccezione, costituzionalmente consentita, la sua « contraddizione » purché volutamente espressa dagli organi depositari della sovranità costituzionale dello Stato.

3. *Il vincolo per il giudice nazionale di seguire l'interpretazione conforme del diritto interno al diritto internazionale.*

L'assunzione del principio di coerenza quale regola generale di coordinamento del diritto interno al diritto internazionale si dipana in relazione ai vari organi dello Stato, senza che questi debbano ricercarne la ragione in specifiche regole di diritto interno. In particolare, per il

(18) Ivi, p. 446.

(19) Ivi, p. 448.

« primo » Anzilotti, quello de « Il diritto internazionale nei giudizi interni », non occorre la « riproduzione » della norma internazionale in norma interna perché la prima rilevasse per gli organi dello Stato: lo consentiva lo stesso principio che coordina i rapporti tra sistemi, in considerazione delle esigenze funzionali proprie del diritto internazionale. Tra l'altro, l'esistenza di questo principio comporta che gli organi dello Stato sono nella condizione di dover conoscere direttamente l'esistenza di obblighi internazionali, così che la loro « colpa » sia comunque ineludibile quando tale elemento sia richiesto dal diritto internazionale ai fini dell'illecito ⁽²⁰⁾.

Ne « Il diritto internazionale nei giudizi interni », Anzilotti sviluppa le implicazioni del principio in esame in relazione alla funzione del giudice nazionale. Dal suo punto di vista, il vincolo al rispetto degli obblighi internazionali richiede che « il giudice debba cercare, valendosi all'uopo della conoscenza che egli ha del diritto internazionale, di dare alla legge il significato che la mette in armonia con quei doveri, e venire alla contraria opinione soltanto quando non sia altrimenti possibile una corretta interpretazione della norma » ⁽²¹⁾. È il noto criterio ermeneutico della « presunzione di conformità » del diritto interno al diritto internazionale, che Anzilotti valorizza oltremodo, nel presupposto che il legislatore sia già legato al principio di coerenza tra ordinamenti, essendo « quasi impossibile che a determinare il contenuto d'una legge interessante i rapporti internazionali non abbia concorso la considerazione dei diritti e dei doveri dello Stato relativi ai detti rapporti » ⁽²²⁾. In altri termini, per intendere la legge nazionale diversamente dal diritto internazionale, occorre che quella legge sia « manifestamente » contraria ad esso ⁽²³⁾. Ancora una volta, quindi, Anzilotti presuppone la coerenza del diritto interno rispetto al diritto internazionale appunto in ragione della sua subordinazione funzionale al rispetto degli obblighi internazionali.

Diversamente dalla dottrina dualista successiva ed anche recente ⁽²⁴⁾, Anzilotti non si richiama al presunto carattere « speciale » nelle norme di attuazione dei trattati internazionali oggetto di ordine di

⁽²⁰⁾ ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 445.

⁽²¹⁾ ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 459 e ss.

⁽²²⁾ Ivi, p. 461.

⁽²³⁾ D. ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di F. Salerno, Padova, Cedam, 1996, p. 366.

⁽²⁴⁾ L. GAROFALO, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino, Giapichelli, 2009. B. Conforti, per molto tempo assertore del criterio di specialità sul piano delle fonti, ha modificato tale orientamento in *Diritto internazionale*, Napoli, 2013⁹, p. 349.

esecuzione. Per due ragioni. Da un lato, per la forza assorbente della presunzione della conformità che, discendendo dal principio costituzionale di coerenza del diritto interno al diritto internazionale, comportava inevitabilmente l'obbligo di privilegiare tra le diverse interpretazioni possibili della legge nazionale quella (meglio) conforme al diritto internazionale ⁽²⁵⁾. Dall'altro, già allora per Anzilotti il diritto internazionale mostrava di poter spiegare effetti espansivi sul diritto interno assolutamente inconciliabili con la pretesa specialità delle relative norme di attuazione. Come soprattutto mostrano i suoi *Corsi di diritto internazionale privato*, i dati normativi della prassi internazionale finivano col confluire nel sistema unitario di diritto comune. In una simile prospettiva di « osmosi », non vi è posto per il criterio della specialità che invece impone la necessaria separatezza logica e concettuale delle regole internazionali rispetto a quelle interne.

4. *L'accertamento d'ufficio del diritto internazionale.*

Poiché il diritto interno « in materia internazionalmente rilevante » serve — almeno di regola — ad « assicurare o almeno consentire l'adempimento degli obblighi internazionali », il giudice nazionale deve « conoscere le norme internazionali per comprendere esattamente e completamente le norme interne » ⁽²⁶⁾. L'affermazione di Anzilotti non intaccava l'autonomia tra i due ordinamenti talché, con maggiore rigore dualista, essa è stata foriera di molti sviluppi a partire da Perassi ⁽²⁷⁾ per giungere a Condorelli ⁽²⁸⁾. Questa dottrina ha evidenziato che, in presenza dell'atto di rinvio dell'ordinamento interno alla norma internazionale, il giudice nazionale vi si riferisce direttamente per stabilire in particolare: struttura dell'obbligo internazionale (se di risultato o immediatamente esecutivo), contenuto materiale dello stesso, riproduzione nell'ordinamento interno delle successive modificazioni della norma internazionale nel suo ordinamento d'origine.

⁽²⁵⁾ Questo elemento si smarrisce nel *Corso* del 1927, col risultato che la presunzione di conformità non costituisce più un vincolo giuridico per il giudice ma un criterio meramente opportuno.

⁽²⁶⁾ Così ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 477.

⁽²⁷⁾ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, Roma, Soc. Ed. del « Foro italiano », 1938, p. 23 e ss.

⁽²⁸⁾ L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1974, p. 17 e ss.

Qui interessa però evidenziare che, nella prospettiva dualista originaria di Anzilotti, il giudice nazionale era in qualche modo direttamente destinatario della norma internazionale al punto da essere tenuto a conoscerla d'ufficio (*iura novit curia*)⁽²⁹⁾. Anche in questo caso Anzilotti assume come premessa l'autonomia dei due ordinamenti: « il diritto internazionale non è [...] un diritto che valga *nello Stato*, al pari del diritto interno »⁽³⁰⁾. Nel contempo, però, rilevava: « ammettere che il giudice possa ignorare il diritto internazionale val quanto ammettere che possa ignorarlo lo Stato »⁽³¹⁾. Il che sarebbe stato in contraddizione con il rapporto di subordinazione dello Stato rispetto al diritto internazionale⁽³²⁾, in forza del quale « lo Stato è tenuto ad applicare il diritto internazionale perché è tenuto ad osservarlo; applicandolo, per mezzo del giudice, esso non fa che conformare la propria condotta alle norme cui è sottoposto »⁽³³⁾. La questione andava quindi risolta avendo presente sia il richiamato principio di continuità con cui le norme internazionali rilevavano rispetto agli organi dello Stato, sia il riparto di competenze interne, nel senso che il giudice è tenuto a rispettare la volontà (*lato sensu*) normativa dello Stato quale essa si manifesta sul piano internazionale attraverso gli organi gestori del potere estero. Come egli spiega, « le norme giuridiche internazionali, sieno poste dai trattati o dalla consuetudine, presentano questi caratteri: da un lato, sono l'espressione di una volontà diversa da quella dello Stato e superiore, ma, dall'altro, contengono necessariamente e sempre anche la volontà particolare dello Stato »⁽³⁴⁾. Senza qui voler affrontare la nota questione sul fondamento volontaristico della consuetudine⁽³⁵⁾, ciò che conta è che dal rispetto che il giudice doveva alla volontà dello Stato discendeva « l'obbligo suo di conoscere ed applicare d'ufficio il diritto internazionale »⁽³⁶⁾.

Semmai divergevano le modalità con cui si esplicava questa regola generale. Essa era in linea di principio senza limitazioni a proposito della consuetudine, così che, a prescindere dai fatti che la costituivano, Anzilotti escludeva che sussistesse un onere della prova per la parte che la volesse invocare data la natura pubblica ed oggettivamente rilevabile

(29) ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 496 e ss.

(30) *Ivi*, p. 500.

(31) *Ibidem*.

(32) *Supra*, par. 2.

(33) ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 517.

(34) *Ivi*, p. 512.

(35) Cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, Cedam, 2013³, p. 149 e ss.

(36) ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 513.

della regola medesima ⁽³⁷⁾. Diversamente, limiti alla regola generale potevano sussistere in rapporto al trattato segreto che — legittimo sul piano internazionale — precludeva però al giudice la relativa cognizione ⁽³⁸⁾. Viceversa, la pubblicazione del trattato « facilita ed assicura la conoscenza. Ma non ne è un presupposto essenziale; ogni qual volta il giudice, in qualunque modo e per qualunque via, indipendentemente dalla pubblicazione vera e propria, conosca l'esistenza ed il tenore delle norme giuridiche internazionali poste in essere dal trattato, e quindi già obbligatorie per lo Stato, deve nelle sue decisioni tenerne conto ed applicarle » ⁽³⁹⁾.

D'altronde, il principio *iura novit curia* si estendeva per Anzilotti anche a questioni pregiudiziali o incidentali inerenti all'applicazione di leggi nazionali. Anzilotti prende in considerazione nel suo studio una varietà di situazioni in cui la prescrizione nazionale è applicabile in quanto ne sia stata preliminarmente accertata la possibilità in base al diritto internazionale. La circostanza che il legislatore abbia ommesso di farvi espressamente richiamo è di per sé ininfluyente, se appare evidente che la norma internazionale funga da presupposto obiettivo della norma interna ⁽⁴⁰⁾. Il sistema giuridico internazionale si insinua per così dire « obiettivamente » nella *ratio legis*, nel senso che il legislatore ritiene che « spetti al diritto internazionale stabilire quei criteri, ordinare quei rapporti, di cui [il legislatore] vuol tener conto nel regolamento di fatti o rapporti, che sono l'oggetto immediato della norma giuridica interna » ⁽⁴¹⁾. La caratteristica fondamentale di questa impostazione era di riconoscere l'autonomia ordinatoria del diritto internazionale nello stabilire la disciplina sulle « proprie » questioni e nell'imporre in termini oggettivi la medesima disciplina agli operatori giuridici interni di modo che questi erano tenuti a conoscerla d'ufficio.

5. Conclusioni.

L'approccio dualista seguito da Dionisio Anzilotti ne « Il diritto internazionale nei giudizi interni » è in definitiva ben lontano da alcuni radicali sviluppi della dottrina positivista italiana di diritto internazionale in parte pure condivisi in successivi scritti dello stesso Anzilotti. Ma nell'evoluzione del suo pensiero non viene mai meno la concezione

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 516.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 504.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 503; vedi anche ivi, p. 505.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 422.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 426, vedi anche ivi, p. 476.

unitaria dello Stato, al tempo stesso soggetto di diritto internazionale e gestore dell'ordinamento interno. Pertanto, in questo scritto di Anzilotti, la logica propriamente dualista secondo cui l'ordinamento interno « produce » proprie norme corrispondenti a quelle internazionali ma trasformandone il contenuto non riguarda gli organi dello Stato, in ogni caso direttamente destinatari della norma internazionale e dunque obbligati ad attuarla nell'ambito delle proprie competenze.

Questa indicazione offre un'utile chiave di lettura dell'art. 117, 1° comma, Cost. novellato, che obbliga il legislatore — statale e regionale — a rispettare gli obblighi internazionali, così configurando un vincolo di legittimità costituzionale per le leggi — statali o regionali — che confliggevano con tali obblighi. Stando alla sua formulazione testuale, il vincolo per il legislatore ordinario vale in relazione ad ogni tipo di norma internazionale o da essa derivata e prescinde dalla preventiva formulazione nell'ordinamento interno di un meccanismo di rinvio alla norma internazionale che sia già in vigore per lo Stato nel suo ordinamento di origine. In tali condizioni acquista piena attualità l'idea di Anzilotti, per il quale l'obbligo internazionale assunto dallo Stato vincola tutti i suoi organi, a partire dal potere legislativo. La rilevanza costituzionale del principio di coerenza normativa, finalmente, si formalizza nell'ambito di un sistema a costituzione rigida, rappresentando un limite alla funzione legislativa ordinaria ma non certo alla sovranità costituzionale dello Stato. Nel contempo, il vincolo costituzionale opera anche per l'autorità giudiziaria, obbligandola a seguire il criterio della presunzione di conformità della legge ordinaria in ragione della sua subordinazione alla norma internazionale.

Abstracts

LUCA FONNESU, *The Return of Autonomy. German Classical Philosophy between Ethics and Metaphysics.*

The notion of 'autonomy' is widely used in contemporary philosophical discussion recalling Kant and his concept of the autonomy of the will, but most philosophers after him did not pay so much attention to the concept up to the end of the XX century. Coined in ancient Greece with a 'political' meaning and only occasionally used for individuals, with Kant the word 'autonomy' becomes in fact a philosophical *terminus technicus*. Understood by Kant as the self-legislation of an impersonal, universal reason, 'autonomy' plays a central role in his philosophy: the idea of a *nomos*, law or norm is the core of Kant's image of nature and the rational world. The morality of finite rational beings always acting on principles depends on their free choice between different legislations, that of nature (heteronomy) or that of reason (autonomy), the latter being the only one with universal validity. Kant himself does suggest applications of the concept of autonomy outside morality: some kind of self-legislation plays a role also in the analysis of taste and in the Kantian view of reason and philosophy. The development of German Classical Philosophy after Kant shows, on the one side, a strong polemical attitude towards the idea of autonomy, on the other — with Fichte and Hegel — the loss of importance of both the idea of a fundamental *nomos* and of the primacy of practical reason, i.e. of morality in the Kantian sense.

LUCA MANNORI, '*Autonomy*'. *Fortune of a word in the vocabulary of local freedoms between France and Italy.*

Unknown to the Justinian Code and scarcely mentioned in other Latin sources, 'autonomy' is a Greek word totally unknown in medieval legal language. Rediscovered in the German area in the XVI century, it continued to be ignored by jurists in the rest of Europe at least until the 1730s, and even then, it would not play an important role in the political and constitutional field before Kant invested it with prominent significance in the ambit of philosophical language. Not even at this point though, is our word destined to enjoy a univocal and general fortune, at least not in the ambit of local freedoms. The comparison we draw between Italy and France proves this quite well. Although the

administrative organisation of the two countries is founded, or so it was originally, on the same unitary and centralised form of State, the Italian and French jurists had a totally different stance towards the concept of autonomy from the very beginning. Indeed, the Italians have always been more sensitive to the appeal of this word and (if we except the first fifty years of the XX century, dominated by a very strong statist ideology), they have always made it one of the cornerstones of their constitutional vision. The French, on the other hand, from 1789 until today, have remained loyal to such a rigidly unitary vision of the State as to believe that local freedoms could not be defined with the term of 'autonomy', and that one should instead speak of 'decentralisation'. This essay thus attempts to reconstruct these two linguistic routes and to propose a comparative interpretation.

BERNARDO SORDI, *Self-government, Selbstverwaltung, Autarchy: English backdrops for continental scenes.*

The essay reconstructs the fortunes of the term *self-government* in the legal literature of Liberal Italy. Behind the evident reference to the English experience emerge the typically German roots of the concept and the central role that the works of jurist Rudolf von Gneist from Berlin played in this process of reception. *Self-government* thus takes on new meanings; it no longer expresses a form of autonomy and independence but, on the contrary, the local government's strong, ineliminable assimilation into the organisation and activities of the State. Following the Unification of Italy and the consolidation of administrative centralisation, the concept of *self-government* that was thereby reformulated permitted the Italian jurists to preserve the municipal sentiment profoundly rooted in the culture of the pre-Unification States and, at the same time, to adapt it to the by-now undisputable and irreversible result of national unification. At the end of the XIX century, Santi Romano's theoretical invention of the concept of 'autarchy', which definitively circumscribes the autonomy of local bodies within the state administration, can thus encounter a unanimous consensus and a lasting fortune.

PETER COLLIN, *Conceptions, strategies and correlations of administrative and judicial autonomy in Germany between the late XIX and the early XX century.*

Autonomy is a central term in order to understand the German legal history of the 19th and early 20th century. However, in both the

contemporary debate and the modern research this term is connected with different semantic contents. In a traditional understanding autonomy is a source of law. This paper focuses on autonomy as a functional element of the fulfilment of public tasks in the early German interventionist and welfare state. Autonomy will not be understood as a source of law but as a complex of authorisations in which non-state actors are equipped with administrative or judicial competences in order to combine the realisation of their own interests with state purposes. The contribution describes concrete manifestations of administrative or judicial autonomy, which are visible in diverse organisational forms: within state organisations, in associations, public law bodies or contractual alliances. The article examines to what extent autonomy embodies private power or official power in these organisational contexts and to what extent non-state self-coordination or state instrumentalisation dominates.

GIACOMO DEMARCHI, *Autonomy and construction of the territory: the case of Spain between conservatism, authoritarianism and democracy (1898-1931)*.

In 1931, the Second Spanish Republic attempted to establish a new territorial constitution, based on the fascinating but tricky concept of 'autonomy'. This term is essential to understand the prismatic world of Spanish nationalisms, because it sinks its roots in the large reflection on the 'soul' of sovereignty and its relationship with territory and democracy, which started with the 'Desastre del 98'. This paper seeks to outline the different faces that this concept was assuming during the first 30 years of XX century, between admiration for Western Culture and construction of many different identities.

AGUSTÍN E. CASAGRANDE, *Autonomy and decentralisation in building the Argentinean state (1860-1940). For a political history of the administrative-legal concepts*.

Taking a critical stance towards the uses of the words *autonomy* and *autarchy* in Altamira's works in 1950 as a starting point, this essay focuses on the semantics that administrative law poured into these terms during the XX century and the problems and political implications that this involved. Nevertheless, that methodological suggestion called for a deeper reconstruction based on the question of how the displacement of the semantics of these two concepts occurred and what bond existed between that change and the building of the National

State. To this end, this paper takes the experience of the State-nation building in Argentina during 1860-1940 as a prolific example, to witness the role that Administrative Law played in it. The task required not only a contextualization but, at the same time, a consideration about the way discourses and political power were related. Therefore this work undertakes a parallel study on the education of lawyers — the creation of the chair in Administrative Law at the University of Buenos Aires; the link between the State and the *social question* that allowed the consolidation of the former; and finally, a textual study of the concept of *autonomy* and *autarchy* in the administrative and constitutional literature written at that time.

CORRADO MALANDRINO, *Autonomy and federalism: a necessary, subsidiary and synergic co-presence.*

This essay centres on the relationship between autonomy and federalism in the ambit of the history of political thought. Its premise is that at the basis of the modern federalist concept, in harmony with the liberal and democratic pluralist visions, there always lies the consideration of individual, social and state subjects as bearers of rights of autonomous participation and vested with equal dignity, in the political process that determines the federal union. As such, the autonomy of the members of a federation is necessarily present in a federal model, inasmuch as it contributes synergistically with centripetal federal petitions towards achieving the government aims of the system. This occurs within (and thanks to) the relationship of subsidiarity in the relations between central and decentralised petitions in the federal system. This aspect is already visible in the early modern age, though it assumes significance especially between the XIX and XX centuries (from the Risorgimento to anti-Fascism) and becomes central in the 'postmodern' age. The article thus enters into the merits of the federal visions, which extend from the early modern age (Althusius) up to the eighteenth-century reformist processes that federalised in an autonomist sense and appeared in European States like Italy, Spain and Belgium.

ALEJANDRO AGÜERO, *Autonomy for provincial sovereignty. A history of a conceptual shift in Argentinean federalism (1860-1930).*

The Argentinean constitutional doctrine holds today that the provinces — as parts of the federation — « are not sovereign » but « autonomous » states. This assertion is presented as a dogma of the federal system. However, the distinction between sovereignty and

autonomy does not ensue either from the Constitutional text (enacted in 1853 and amended in 1860), or the language of the constituent debates or the works by the early commentators of the Constitution. All these precedents, even the sentences of the Supreme Court until 1926, use the concept of « provincial sovereignty » — not that of « autonomy » — according to the American thesis of « divided sovereignty » that prevailed during the constituent period. Nevertheless, in the late XIX century, that thesis was gradually abandoned and the notion of provincial sovereignty was quietly replaced by a word of scant tradition, linked to the new administrative language: « autonomy ». How was that conceptual substitution possible without a specific theoretical discussion or a normative reform? In this essay we seek to show how that process took place and how this subtle but effective terminological shift, replacing the old provincial sovereignty with the new autonomy, came to enshrine at the symbolic level, the triumph of the political factions that sought to strengthen the national state, imposing a particular reading of the federalism established by the Constitution.

ANDREA BUSSOLETTI, *Autonomy and federalism between law and political science: the thought of Gianfranco Miglio.*

Gianfranco Miglio is considered an exponent of contemporary political realism and, at the same time, one of the founding fathers of the Italian federalist parties. At the beginning of his career, he was influenced by Schmitt's conception of the centrality of the State, but at the end of his life he declared the crisis of this model. This evolution passes through strong criticisms of National Unification and the Republican Constitution. This paper will focus on the use of the terms *autonomy* and *federalism* in order to show the evolution of Miglio's thought. Finally, it will deal with Miglio's legacies. The first, political, concerns the language used by the Northern League. The second, academic, consists in the introduction in the Italian debate of the *new federalist* theory of Elazar and Diamond, which still today is strongly controversial.

CRISTIANO PAIXÃO, *Autonomy, democracy and constituent power: conceptual disputes in the Brazilian constitutional experience (1964-2014).*

The path of Brazilian constitutional history is complex and multifaceted. In this paper we describe the conceptual disputes that marked the constitutional experience in Brazil between 1964 and 2014.

We assume that modern constitutions have, as a defining element, the link between law and politics. For this reason, the concept of constituent power is presented as decisive for the historical observation of the processes of development and transformation of the constitutions. In the Brazilian case, we find that the conceptual disputes about the constituent power were present throughout the period under study. Thus, the tension between original constituent power and derived constituent power is an important key of interpretation to understand the discourses and institutional practice in the Brazilian constitutional history of the last fifty years.

JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Private Autonomy in France: a restricted or rejected concept?*

Recent studies (notably the ones by Véronique Ranouil and Alfons Bürge) have shown that the German concept of « private autonomy » has penetrated lately in France and was restricted by French writers of the end of the nineteenth century to the domain of private international law. After adding some complementary proof of this limited influence of « private autonomy » in French doctrine, this paper analyses two texts by François Gény, the only French author to have really discussed German theories about this issue. One can approve or nuance the ‘cultural’ differences between France and Germany Gény has focused on to explain the inadaptability of the German « private autonomy » for French legal rules. One can also consider that Gény has, surprisingly and perhaps unwillingly, defended a positivist point of view against the very concept of « private autonomy ». If this is the case, Gény has adopted Jhering’s thesis about the State monopoly for creating law and, in some way, prepared a path to the future reception of Kelsen’s theories in France.

SEBASTIÁN MARTÍN, *The Krausist utopia: autonomy of the subject (individual and collective) in the Spanish legal debate (1870-1900)*.

This text focuses on the late nineteenth-century Krausist school of legal doctrine in Spain. In particular, it discusses its concept of autonomy of the person, as well as its main developments: from the theory of the state and sovereignty to the ideas of individual rights and the self-government of territorial intermediate bodies.

FABRIZIO DI MARZIO, FRANCESCO MACARIO, *Autonomy of private parties and regulation of insolvency.*

The essay starts from the assumption that insolvency law is traditionally one of those areas where private autonomy has always found many obstacles, since the legal consequences of insolvency and bankruptcy have been basically considered from the criminal-law point of view. Though at a first glance this hindrance could seem paradoxical, since insolvency is a basic concept of the law of obligations, this perspective was also chosen by the French codification enacted under Napoleon I in the historical development of private law in Europe. In the Civil Code the rights of creditors are subordinated, in a certain sense, to the *vengeance publique* (public revenge, according to French legal language), where the authority and the strength of the State culminates in the imprisonment of the person declared bankrupt. Later legislation in Europe will follow the French legal model, as shown by the Italian bankruptcy law of 1942. Nevertheless, nobody could ignore that the business praxis has always known out-of-court processes, i.e., negotiations between the debtor and his creditors to agree on restructuring plans aiming to remove the crisis and the insolvency condition. All European legislations, and recently also Italy's — through a substantial reform of the abovementioned bankruptcy law — have finally recognized the fundamental role of private autonomy, and thus of freedom of contract between debtors and creditors. Several legal issues are involved in this new, unprecedented dimension of negotiations directed at preventing and/or reducing the negative effects of bankruptcy. This essay discusses the need and ways to find an acceptable harmonization of this freedom with the courts' function to protect the creditors' rights and those of any other interests linked to the business, by confirming the feasibility of the restructuring plan and, more generally, avoiding the risk of the procedure being misused.

EMANUELA NAVARRETTA, *The evolution of contractual autonomy between ideology and principles.*

The essay aims to analyse the development of the parties' autonomy in the light of ideologies and principles that have traditionally affected its reconstruction. From an initial focus on the ideologies that have historically influenced the freedom of contract outside the legislative framework, and following a brief analysis of the transition from the freedom of contract to the principle of the parties' autonomy within the legal system, the survey carefully considers all the principles involved in different social and economic contexts, variously concerning the very concept of contract. This perspective thus takes into account the

attitude of constitutional principles — with particular reference to art. 41 of the Italian Constitution — and European Union principles — inspiring a neo-liberal vision of the contract — to ‘shape’, in a certain way, the contract. The final achievement representing the consolidation of interwoven legal principles applied in the system at different levels and the compelling questions due to the crisis context, eventually determine the relevancy of the analysis striving for solutions and trend lines which, far from being merely based upon contractual justice, relieve the contract of its evil responsibility as the main cause of the crisis.

LUIGI NUZZO, *Autonomy and International Law. A Legal Historical Reading.*

The article analyses, from a legal historical perspective, the concept of autonomy within the international law discourse. Starting from the case of the Non-Self-Governing Territories and through different examples, it aims to investigate the ‘level’ of autonomy requested by international law in order to recognize a State as an international subject. This led to the analysis, within the concept of sovereignty, of the relationships between an internal legislative, administrative and jurisdictional autonomy (*innere Selbstständigkeit*) and the absence of a full external independence (*äußere Unabhängigkeit*) and, at the same time, of the relationships between State, territory and population.

PIETRO COSTA, «*So far, so close*»: *the medieval Commune and its ‘autonomy’*.

What is the meaning of the word ‘autonomy’ when modern historiography employs it in order to focus on the peculiar structure of medieval cities? ‘Autonomy’ has been for a long time a polysemic expression: on one side, it referred to the unconditioned liberty and independence of a political entity but on the other side, it indicated the powers that a political community exerted by permission of the sovereign. During the XIX century the prevailing teleological view of history induced scholars (mainly in Italy and Germany) to represent the constitutional development of medieval cities as an early and momentous stage of modern nation- and state-building. Only during the XX century (and mainly in its second half) does historiography seem to be engaged in a full comprehension of the specificity of the medieval city and the word ‘autonomy’ begins to lose its traditional (though often implicit) link with an overwhelming sovereign power.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2012-2013

Sono stati graditi ospiti del *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* per un soggiorno di studio: la dott.ssa Raquel Razente Sirotti dell'Universidade Estadual de Maringá (Brasile); la dott.ssa Gabriela Ramenzoni dell'Università di San Paolo del Brasile; il prof. Sebastian Martin y Martin dell'Universidad de Sevilla; la dott.ssa Rebeca Fernandes Dias dell'Universidade Federal do Paraná UFPR, (Brasile, Dottorato in cotutela: tutor Prof. Pietro Costa); la dott.ssa Anna Isaeva, University of Florence PhD student Theory and History of Human Rights (tutor Prof. P. Cappellini); il prof. Arno Dal Ri Junior dell'Universidad Federal de Santa Catarina (Florianopolis, Brasile).

È stato pubblicato il volume 42° dei «Quaderni fiorentini», per un totale di pp. 806, con saggi, fra gli altri, di C. Álvarez Alonso, F. Bambi, R. Bartoli, B. Clavero, G. Chiodi, E. De Cristofaro, D. Garland, P. Grossi, Marco Fioravanti, M. La Torre, G. Pace Gravina, F. Palazzo, E. Santoro, M. S. Testuzza; nonché due gruppi di dibattito nella sezione «Discussioni», l'uno sul volume di Guido Alpa, *Le stagioni del contratto* (con interventi di Enzo Cheli, Giovanni B. Ferri, Paolo Grossi, Giovanni Furguele e Guido Alpa); e l'altro sul testo di Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho* (con contributi di Massimo Meccarelli, Francesco Migliorino, Alberto Spinosa e Ricardo Marcelo Fonseca). Inoltre nella sezione «Testimonianze» sono collocate l'intervista a Miguel Rodríguez-Piñero di Giovanni Cazzetta e Silvana Sciarra su «Scienza giuridica ed evoluzione del diritto del lavoro» e il contributo di Paolo Grossi su «Il 'giurista' Ovidio Capitani».

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati nel 2013 otto volumi, tutti collegati alle linee di ricerca perseguite dal Centro,

tra i quali si segnalano la raccolta degli scritti canonistici del fondatore del Centro di Studi, prof. Paolo Grossi (anche curatore del volume di Scritti Minori di E. Finzi), nonché il volume, a cura di B. Sordi, che raccoglie gli Atti dell'Incontro internazionale in occasione dei 40 anni dalla fondazione dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» (*Storia e diritto. Esperienze a confronto*). Inoltre due volumi di collaboratori del Centro (Michele Pifferi e Massimiliano Gregorio) e gli atti del Convegno ferrarese su «Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana», organizzato in collaborazione con il Centro di Studi nel gennaio 2013.

Il quadro completo dei volumi è il seguente: il volume 97 di Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Terra di scontri Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali* (2013); il volume 98 di Enrico FINZI, «L'officina delle cose». *Scritti minori*, a cura di Paolo Grossi (2013); il volume 99 di Michele PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento* (2013); il volume 100 di Paolo GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di Carlo Fantappiè (2013); il volume 101 di Massimiliano GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento* (2013); il volume 102 di Emanuele SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese (1790-1795)* (2013); il volume 103 *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuata"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013, a cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta (2013); il volume 104 *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, materiali dall'incontro di studio - Firenze, 18-19 ottobre 2012, a cura di Bernardo Sordi (2013).

Sui fondi del Centro sono stati altresì attivati due assegni a totale carico (sul settore IUS/19 Storia del Diritto Medievale e Moderno, con scadenza 30/11/2014), aventi ad oggetto rispettivamente i temi «Dal contratto di adesione alle condizioni generali di contratto: la contrattazione di massa tra assetti codicistici e creatività del giurista» e «Autogoverno, populismo e tecnocrazia nell'esperienza costituzionale europea in età contemporanea».

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 sta raggiungendo la sua fase conclusiva e l'anno in corso è stato essenzialmente dedicato ad incontri tra il collegio dei docenti ed il gruppo dei dottorandi per discutere con loro e verificare lo stato di avanzamento della stesura del testo della tesi.

Nel quadro delle linee di ricerca che caratterizzano l'attività del Centro di Studi sono stati inoltre organizzati i seguenti incontri nei locali del Centro presso Villa Ruspoli: il giorno 21 maggio 2013 l'incontro dal titolo *Quale futuro per la pena di morte? Riflessioni a margine del volume di D. Garland, La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo* (Il Saggiatore, Milano, 2013), con interventi di P. Cappellini, R. Bartoli, M. Pellissero, M. Pifferi e conclusione del Prof. D. Garland dell'Università di New York; il giorno 29 novembre 2013 il Seminario organizzativo di studio dal titolo *La nuova storiografia giuridica brasiliana. Problemi e prospettive*, con interventi dei Proff. Carlos Petit (Università di Huelva), Giovanni Cazzetta (Università di Ferrara), Luis Fernando Lopes Pereira (UFPR - Universidade Federal do Paraná), Paolo Cappellini (Università di Firenze), Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR - Universidade Federal do Paraná).

Inoltre il Centro di Studi ha partecipato alla organizzazione e al patrocinio del Convegno di Studi, tenutosi sotto l'Alto Patronato della Presidenza della Repubblica il 18 ottobre 2013 nell'Aula Magna del Polo delle Scienze Sociali (via delle Pandette 35 - Firenze), dal titolo *Evoluzione e valutazione della Ricerca Giuridica*, con l'intervento, tra gli altri, del suo attuale e del precedente Direttore.

Tomo I

| | |
|--|-----|
| GIOVANNI CAZZETTA, <i>Pagina introduttiva. Autonomia: per un'archeologia del sapere giuridico fra Otto e Novecento</i> | 1 |
| LA RICOMPARSA DI AUTONOMIA NEL VOCABOLARIO DELLA MODERNITÀ | |
| LUCA FONNESU, <i>Il ritorno dell'autonomia. Kant e la filosofia classica tedesca</i> . . . | 25 |
| AUTONOMIA E AMMINISTRAZIONE | |
| LUCA MANNORI, 'Autonomia'. <i>Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia ed Italia</i> | 65 |
| BERNARDO SORDI, <i>Selfgovernment, Selbstverwaltung, autarchia: fondali inglesi per scenografie continentali</i> | 135 |
| PETER COLLIN, <i>Konzeptionen, Spielarten und Wechselbeziehungen administrativer und justizieller Autonomie in Deutschland im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert</i> | 165 |
| GIACOMO DEMARCHI, <i>Autonomia e costruzione del territorio: il caso spagnolo fra conservatorismo, autoritarismo e democrazia (1898-1931)</i> | 229 |
| AGUSTÍN E. CASAGRANDE, <i>Autonomía y descentralización en la construcción del Estado argentino (1860-1940). Por una historia política de los conceptos jurídico-administrativos</i> | 251 |
| AUTONOMIA E FEDERALISMO | |
| CORRADO MALANDRINO, <i>Autonomia e federalismo: una compresenza necessaria, sussidiaria, sinergica</i> | 293 |
| ALEJANDRO AGÜERO, <i>Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930)</i> | 341 |
| ANDREA BUSSOLETTI, <i>Autonomia e federalismo tra diritto e scienza politica: il pensiero di Gianfranco Miglio</i> | 393 |
| CRISTIANO PAIXÃO, <i>Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)</i> | 415 |
| AUTONOMIA E DIRITTO PRIVATO | |
| JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>L'autonomie privée en France: un concept cantonné ou rejeté?</i> | 461 |

| | |
|--|-----|
| SEBASTIÁN MARTÍN, <i>La utopía krausista: autonomía del sujeto (individual y colectivo) en la polémica jurídica española (1870-1900)</i> | 481 |
| FABRIZIO DI MARZIO - FRANCESCO MACARIO, <i>Autonomia dei privati e disciplina dell'insolvenza</i> | 541 |
| EMANUELA NAVARRETTA, <i>L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi</i> | 589 |

Tomo II

AUTONOMIA E DIRITTO INTERNAZIONALE

| | |
|--|-----|
| LUIGI NUZZO, <i>Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica.</i> . . | 651 |
|--|-----|

AUTONOMIA E STORIOGRAFIA

| | |
|---|-----|
| PIETRO COSTA, « <i>Così lontano, così vicino</i> »: <i>il Comune medievale e la sua 'autonomia'</i> | 689 |
|---|-----|

LETTURE

| | |
|---|-----|
| FRÉDÉRIC AUDREN et JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècles)</i> (Nader Hakim). | 785 |
| GIOVANNI BISOGNI, <i>Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico</i> (Maurizio Fioravanti) | 798 |
| AGUSTÍN E. CASAGRANDE, <i>Los vagabundos y la justicia de Buenos Aires durante el periodo tardo colonial (1785-1810)</i> (Michele Pifferi) | 806 |
| <i>Les clercs et les princes. Doctrines et pratiques de l'autorité ecclésiastique à l'époque moderne</i> , a cura di P. Arabeyre e B. Basdevant-Gaudemet (Fabio Vecchi). | 811 |
| FLORIANA COLAO, <i>Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana</i> (Renzo Orlandi) | 831 |
| GUY GELTNER, <i>La prigione medievale. Una storia sociale</i> (Ernesto De Cristofaro). | 839 |
| <i>Il governo del popolo. Rappresentanza, partecipazione, esclusione alle origini della democrazia moderna, 1. Dall'antico regime alla Rivoluzione; 2. Dalla Restaurazione alla guerra franco-prussiana</i> , a cura di G. Ruocco e L. Scuccimarra (Marco Fioravanti) | 845 |
| ÉDOUARD LAMBERT, <i>Le droit civil et la législation ouvrière</i> (Marco Sabbioneti) . . | 854 |
| GIULIO PAOLI, <i>Fare l'avvocato</i> (Sergio Seminara) | 864 |
| PIETRO RESCIGNO, <i>Codici. Storia e geografia di un'idea</i> (Giovanni Cazzetta). . . . | 870 |
| MARIO SAVINO, <i>Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori</i> (Aldo Sandulli) | 876 |
| <i>Vidas por el Derecho</i> , ed. Esteban Conde Naranjo (César Hornero Méndez) . . | 880 |

| | |
|------------------------|-----|
| SEGNALAZIONI | 893 |
|------------------------|-----|

DISCUSSIONI

| | |
|---|-----|
| Su JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, <i>La monarquía doceañista (1810-1837). Avatares, encomios y denuestos de una extraña forma de gobierno</i> | 907 |
|---|-----|

Interventi di:

| | |
|-------------------------------|-----|
| MAURIZIO FIORAVANTI | 907 |
|-------------------------------|-----|

| | |
|--------------------------------|-----|
| CLARA ÁLVAREZ ALONSO | 915 |
|--------------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ, <i>Reflexiones en clave constitucional histórica y en clave de historia constitucional</i> | 922 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, <i>Respuesta</i> | 939 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| Su HANS Kelsen, ARNALDO VOLPICELLI, <i>Parlamentarismo, democrazia e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen</i> | 947 |
|---|-----|

Interventi di:

| | |
|---|-----|
| FRANCESCO RICCOBONO, <i>Individuo, società, Stato. Riflessioni su una polemica rivisitata</i> | 947 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| CARLO NITSCH, <i>Lo Stato come ordinamento giuridico. Note di lettura sul « primo libro italiano » di Hans Kelsen</i> | 954 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| IRENE STOLZI, <i>Cultura giuridica e regime fascista</i> | 963 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| MARIO G. LOSANO, <i>Democrazia o corporativismo: rappresentanza degli individui o rappresentanza degli interessi?</i> | 974 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| Su <i>Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti</i> , a cura di Marcello Pedrazzoli | 983 |
|---|-----|

Interventi di:

| | |
|---------------------------|-----|
| SILVANA SCIARRA | 983 |
|---------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| GIOVANNI ORLANDINI, <i>Anomalie vere e presunte della disciplina del licenziamento in Italia: qualche spunto di diritto comparato ed internazionale</i> | 987 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| MARIA TERESA CARINCI, <i>Il licenziamento per motivi economici ed i suoi limiti alla luce dell'art. 2 Cost.</i> | 993 |
|---|-----|

| | |
|----------------------------------|-----|
| JUAN GORELLI HERNÁNDEZ | 999 |
|----------------------------------|-----|

| | |
|--|------|
| MATTEO CORTI, <i>I licenziamenti in Italia e in Germania</i> | 1006 |
|--|------|

| | |
|--|------|
| MARCELLO PEDRAZZOLI, <i>Sulla « flessibilità in uscita » in Europa: note comparate</i> | 1016 |
|--|------|

A PROPOSITO DI ...

| | |
|--|------|
| PHILIPPE AUDEGEAN, <i>Chi è il « reo »? Dei delitti e delle pene sotto la lente di un traduttore</i> | 1031 |
|--|------|

| | |
|---|------|
| BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Desapego de República y cortocircuito de derechos</i> | 1037 |
|---|------|

| | |
|---|------|
| MAURIZIO FIORAVANTI, <i>Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti</i> | 1077 |
| FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>Ancora sul problema della massa per il diritto</i> | 1095 |
| FRANCESCO SALERNO, <i>L'attualità dell'originaria concezione dualista di Anzilotti sui rapporti tra ordinamenti</i> | 1107 |
| ABSTRACTS | 1117 |
| RAGGUAGLI FIORENTINI | |
| <i>Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2012-2013</i> | 1127 |

Contents

| | |
|---|-----|
| GIOVANNI CAZZETTA, <i>Introductory remarks. Autonomy: towards an archaeology of legal science between the nineteenth and the twentieth century</i> | 1 |
| LUCA FONNESU, <i>The return of autonomy. German classical philosophy between ethics and metaphysics</i> | 25 |
| LUCA MANNORI, <i>'Autonomy'. Fortune of a word in the vocabulary of local freedoms between France and Italy</i> | 65 |
| BERNARDO SORDI, <i>Self-government, Selbstverwaltung, Autarchy: English backdrops for continental scenes</i> | 135 |
| PETER COLLIN, <i>Conceptions, strategies and correlations of administrative and judicial autonomy in Germany between the late XIX and the early XX century</i> | 165 |
| GIACOMO DEMARCHI, <i>Autonomy and construction of the territory: the case of Spain between conservatism, authoritarianism and democracy (1898-1931)</i> | 229 |
| AGUSTÍN E. CASAGRANDE, <i>Autonomy and decentralisation in building the Argentinean state (1860-1940). For a political history of the administrative-legal concepts</i> | 251 |
| CORRADO MALANDRINO, <i>Autonomy and federalism: a necessary, subsidiary and synergic co-presence</i> | 293 |
| ALEJANDRO AGÜERO, <i>Autonomy for provincial sovereignty. A history of a conceptual shift in Argentinean federalism (1860-1930)</i> | 341 |
| ANDREA BUSSOLETTI, <i>Autonomy and federalism between law and political science: the thought of Gianfranco Miglio</i> | 393 |
| CRISTIANO PAIÃO, <i>Autonomy, democracy and constituent power: conceptual disputes in the Brazilian constitutional experience (1964-2014)</i> | 415 |
| JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>Private autonomy in France: a restricted or rejected concept?</i> | 461 |
| SEBASTIÁN MARTÍN, <i>The Krausist utopia: autonomy of the subject (individual and collective) in the Spanish legal debate (1870-1900)</i> | 481 |
| FABRIZIO DI MARZIO, FRANCESCO MACARIO, <i>Autonomy of private parties and regulation of insolvency</i> | 541 |
| EMANUELA NAVARRETTA, <i>The evolution of contractual autonomy between ideology and principles</i> | 589 |
| LUIGI NUZZO, <i>Autonomy and international law. A legal historical reading</i> | 651 |
| PIETRO COSTA, <i>«So far, so close»: the medieval Commune and its 'autonomy'</i> . . | 689 |

REVIEWS

| | |
|---|-----|
| FREDÉRIC AUDREN et JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>Mythes et réalités de la culture juridique française</i> (Nader Hakim) | 785 |
| GIOVANNI BISOGNI, <i>Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico</i> (Maurizio Fioravanti) | 798 |
| AGUSTÍN E. CASAGRANDE, <i>Los vagabundos y la justicia de Buenos Aires durante el periodo tardo colonial (1785-1810)</i> (Michele Pifferi) | 806 |
| <i>Les clercs et les princes. Doctrines et pratiques de l'autorité ecclésiastique à l'époque moderne</i> (ed. P. Arabeyre et Brigitte Basdevant-Gaudemet) (F. Vecchi) . | 811 |
| FLORIANA COLAO, <i>Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana</i> (Renzo Orlandi) | 831 |
| GUY GELTNER, <i>La prigionie medievale. Una storia sociale</i> (Ernesto De Cristofaro). <i>Il governo del popolo. Rappresentanza, partecipazione, esclusione alle origini della democrazia moderna, 1. Dall'antico regime alla Rivoluzione; 2. Dalla Restaurazione alla guerra franco-prussiana</i> , a cura di G. Ruocco e L. Scuccimarra (Marco Fioravanti). | 839 |
| ÉDOUARD LAMBERT, <i>Le droit civil et la législation ouvrière</i> (Marco Sabbioneti) . . | 854 |
| GIULIO PAOLI, <i>Fare l'avvocato</i> (Sergio Seminara) | 864 |
| PIETRO RESCIGNO, <i>Codici. Storia e geografia di un'idea</i> (Giovanni Cazzetta) . . . | 870 |
| MARIO SAVINO, <i>Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori</i> (Aldo Sandulli) | 876 |
| <i>Vidas por el derecho</i> , ed. Esteban Conde Naranjo (César Hornero Méndez) . . | 880 |

DISCUSSIONS

| | |
|--|-----|
| JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, <i>La monarquía doceañista (1810-1837). Avatares, encomios y denuestos de una extraña forma de gobierno</i> | 907 |
| <i>Contributions by:</i> | |
| MAURIZIO FIORAVANTI | 907 |
| CLARA ÁLVAREZ ALONSO | 915 |
| FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ, <i>Reflexions in a constitutional historical key and in a key of constitutional history</i> | 922 |
| JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, <i>Reply</i> | 939 |
| HANS Kelsen, ARNALDO VOLPICELLI, <i>Parlamentarismo, democrazia e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen</i> | 947 |
| <i>Contributions by:</i> | |
| FRANCESCO RICCOBONO, <i>Individual, society, state. Reflexions on a revisited polemic</i> | 947 |
| CARLO NITSCH, <i>The state as a legal system. Reading notes on Hans Kelsen's «first Italian book»</i> | 954 |

| | |
|--|------|
| CONTENTS | 1139 |
| IRENE STOLZI, <i>Legal culture and fascist regime</i> | 963 |
| MARIO G. LOSANO, <i>Democracy and corporatism: representation of individuals or representation of interests?</i> | 974 |
| <i>Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti</i> , a cura di Marcello Pedrazzoli | 983 |
| <i>Contributions by:</i> | |
| SILVANA SCIARRA | 983 |
| GIOVANNI ORLANDINI, <i>Real and alleged anomalies of Italian dismissal law: a few notes of comparative and international law</i> | 987 |
| MARIA TERESA CARINCI, <i>Redundancy dismissal and its limitation under article 2 of the Italian constitution</i> | 993 |
| JUAN GORELLI HERNÁNDEZ | 999 |
| MATTEO CORTI, <i>Dismissals in Italy and Germany</i> | 1006 |
| MARCELLO PEDRAZZOLI, <i>On « exit flexibility » in Europe: comparative notes</i> | 1016 |
| <i>READINGS</i> | |
| PHILIPPE AUDEGEAN, <i>Who is the «reo»? Dei delitti e delle pene through a translator's lens</i> | 1031 |
| BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Detachment of republic and shortcircuit of rights</i> | 1037 |
| MAURIZIO FIORAVANTI, <i>Legislation and Constitution: the historical problem of protecting rights</i> | 1077 |
| FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>Again on the problem of the mass for the law</i> | 1095 |
| FRANCESCO SALERNO, <i>The relevance of Anzilotti's original dualist conception of the relationships between legal systems</i> | 1107 |
| <i>ABSTRACTS</i> | 1117 |
| <i>CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO</i> | |
| <i>Activities in the Year 2012-2013</i> | 1127 |

I collaboratori del « Quaderno » 43

ALEJANDRO AGÜERO

Profesor Ayudante de Historia del Derecho Argentino - Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones - Universidad Autónoma de Madrid

PHILIPPE AUDEGEAN

Maître de conférences - Université Sorbonne Nouvelle - Paris 3

ANDREA BUSSOLETTI

Dottore di ricerca in Scienze storico-sociali - Università di Firenze

MARIA TERESA CARINCI

Prof. Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Milano

AGUSTÍN E. CASAGRANDE

CONICET - Universidad Nacional de La Plata

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Ferrara

BARTOLOMÉ CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

PETER COLLIN

PD Dr. Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt am Main

MATTEO CORTI

Ricamatore di Diritto del lavoro - Università Cattolica del Sacro Cuore - Milano

PIETRO COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

ERNESTO DE CRISTOFARO

Ricamatore di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Catania

GIACOMO DEMARCHI

Assegnista di ricerca - Università di Milano

FABRIZIO DI MARZIO

Magistrato in Corte di Cassazione

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

LUCA FONNESU

Prof. Ordinario di Storia della Filosofia - Università di Pavia

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad de Huelva

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

Prof. d'Histoire du droit - École normale supérieure - Paris

NADER HAKIM

Prof. d'Histoire du droit - Université Montesquieu - Bordeaux IV

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

Profesor Contratado Doctor - Derecho civil - Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

MARIO G. LOSANO

Prof. emerito di Filosofia del diritto e di informatica giuridica - Università di Torino

FRANCESCO MACARIO

Prof. Ordinario di Diritto privato comparato - Università di Roma Tre

CORRADO MALANDRINO

Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche - Università del Piemonte Orientale

LUCA MANNORI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Firenze

SEBASTIÁN MARTÍN

Profesor Contratado Doctor - Universidad de Sevilla

FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Profesor titular de Historia del Derecho y de las Instituciones - Universidad Complutense de Madrid

EMANUELA NAVARRETTA

Prof. Ordinario di Diritto privato - Università di Pisa

FRANCESCO SAVERIO NISIO

Prof. Associato di Filosofia del diritto - Università di Foggia

CARLO NITSCH

Ricercatore di Filosofia del diritto - Università di Napoli Federico II

LUIGI NUZZO

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Lecce

RENZO ORLANDI

Prof. Ordinario di Diritto processuale penale - Università di Bologna

GIOVANNI ORLANDINI

Prof. Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Siena

CRISTIANO PAIXÃO

Prof. de História do Direito - Universidade de Brasília

MARCELLO PEDRAZZOLI

Prof. Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Bologna

MICHELE PIFFERI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Ferrara

FRANCESCO RICCOBONO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Napoli «Federico II»

MARCO SABBIONETTI

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

FRANCESCO SALERNO

Prof. Ordinario di Diritto internazionale - Università di Ferrara

ALDO SANDULLI

Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Napoli «Suor Orsola Benincasa»

SILVANA SCIARRA

Prof. Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Firenze

SERGIO SEMINARA

Prof. Ordinario di Diritto penale - Università di Pavia

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

IRENE STOLZI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA

Catedrático de Derecho Constitucional - Universidad de Oviedo

FABIO VECCHI

Incaricato in Storia del diritto canonico - Università di Catanzaro «Magna Græcia»

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440

- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE
CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, GENERALIA DELICTORUM
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586

- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816

- 88 Mario Sbriccoli, *STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA*
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, *LETTERE A MARIO FALCO*
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, *IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE*
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, *DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO*
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, *DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI*
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 *DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA*
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, *CENSORI E GIURISTI*
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 *ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA*
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, *IL GIUDICE E LA LEGGE*
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, *TERRA DI SCONTRI*
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, *L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA*
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, *SCRITTI CANONISTICI*
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, *PARTE TOTALE*
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440

- 102 Emanuele Somma, *JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE (1790-1795)*
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 *DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?*
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 *STORIA E DIRITTO*
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, *STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA*
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 115,00
I DUE TOMI

024190566



Des. A. Pontecorvoli